# Die Schadensersatzansprüche bei Körperverletzung und Tötung im Zweikampfe

## unter Berücksichtigung der Controverse über die Strafbarkeit der mit Einwilligung des Verletzten beigebrachten Körperverletzungen.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktor utriusque juris

der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

KAISER WILHELMS-UNIVERSITÄT STRASSBURG

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

vorgelegt von

**August Meyer**

geboren zu Gemar (Kreis Rappoltsweiler).

**Strassburg i. E.**
Druckerei der Strassburger Neuesten Nachrichten A.-G.
1913.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548002_0018

# Inhalt.


**Einleitung.** Seite

Grundsätzliches über den Zivilersatz aus dem Zweikampfe für Deutschland . . . . . 1—3

**Ausführung.**

I. Widerrechtlichkeit der Körperverletzung und Tötung im Zweikampfe.

1) Allgemeines über den Zweikampf nach St. G. B. §§ 201–210 . . . . . 4—6

2) Die E. in eine vorsätzliche K. V. oder Tötung ist kein Grund, der die «strafrechtliche Widerrechtlichkeit» der Körperverletzung oder Tötung im allgemeinen ausschliesst . . . . . 6—20

3) Obgleich die Einwilligung in die Körperverletzung und Tötung deren Widerrechtlichkeit nicht beseitigt, so ist trotzdem die Berufung auf Notwehr gegen den im Zweikampfe vorgenommenen Angriff nicht zulässig . . . . . 20—22

4) Die «zivilrechtliche Widerrechtlichkeit» der Tötung und Körperverletzung im Zweikampfe kann nicht schon daraus gefolgert werden, dass beide Duellanten strafbar sind . . . . . 22—23

5) Die Haftung aus K. V. und Tötung im Zk. kann allein aus B. G. B. 826 gefolgert werden . . . 23–26

II. Das Verschulden der Duellanten im einzelnen (B. G. B. § 254) . . . . . 26—32

III. Umfang des Schadensersatzes und Haftung der Duellanten . . . . . 32—47

IV. Haftung der Gehülfen und Aufsichtspersonen . . . . 47—54

Seite

V. Nebenfragen.

1) Prozessuales . . . . . 54—55

2) Gibt es noch Ansprüche der aus den §§ 843/4 und 845 B. G. B. Berechtigten gegen andere als die Delinquenten? . . . . . 55—61

3) Sog. amerikanisches Duell . . . . . 61

**Schluss.**

Vergleich des inländischen Rechtes mit einigen ausländischen . . . . . 61—65

## Abkürzungen:

K. V. = Körperverletzung und Körperverletzungen.
E. = Einwilligung.
Zk. = Zweikampf und Zweikämpfe.
m. E. = meines Ermessens
und die gebräuchlichen.

# Einleitung.

Die Frage des Zivilersatzes aus dem Zk. hängt mit der Stellung des Strafrechtes zu dieser Materie insofern eng zusammen, als die Frage der Widerrechtlichkeit der im Zk. erfolgten Tötung oder K. V., wenn sie nicht direkt im bürgerlichen Rechte entschieden ist, aus den Satzungen des Strafrechts heraus beantwortet werden muss. So ist es in Deutschland, wo der § 823, I. B. G. B. bestimmt: »wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit usw. eines Anderen widerrechtlich verletzt, ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet«, — ohne indes darauf näher einzugehen, wann die Widerrechtlichkeit gegeben sein soll, wann nicht. Das ganze Rechtssystem bildet nun aber ein harmonisches Ganzes derart, dass die Vorschriften der einzelnen Materien sich notgedrungen ergänzen, d. h. zum mindesten nicht miteinander in Widerspruch stehen dürfen.

Im folgenden wird davon ausgegangen werden müssen, dass die strafrechtlichen Bestimmungen über den Zk. den Schutz der Körperintegrität erstreben und nicht lediglich die öffentliche Ordnung aufrecht erhalten sollen: dies ist bestritten z. B. von v. Weinrich a. a. O. Aufl. 2 S. 90 und auch von Örtmann (a. a. O. zu 823 ad »Einwilligung«).

v. Weinrich glaubt zum Beweise seiner Ansicht sich darauf stützen zu können, dass die historische Entwicklung der Duellverbote den Zweck gehabt habe, die Rechtsordnung zu schützen: der einzelne solle zur Rettung seiner Ehre nicht den Gerichten in den Arm

fallen, er solle vielmehr deren Hilfe anrufen. — Aus der historischen Entwicklung lässt sich dann schliesslich m. E. noch mehr beweisen: die vielen »ewigen« Landfrieden, die zu Ende des Mittelalters das Faustrecht brechen und damit an die Stelle der willkürlichen Rechtspflege die staatliche setzen wollten, bezweckten doch, Leib und Leben der Untertanen zu schützen! Das ist doch der Inhalt der öffentlichen Ordnung!

Bezwecken aber die Bestimmungen über den Zk. den Schutz eines »Anderen«, — und zwar, wie wir unten unter I noch sehen werden, nicht nur den Schutz des Lebens, sondern überhaupt den der körperlichen Unversehrtheit des Anderen —, so hat der § 823, I zur Anwendung zu gelangen.

Freilich, wenn wir »von Weinrichs« Auffassung folgen würden, wie sie oben dargelegt ist, so müssten wir allerdings einen Ersatzanspruch des Siegers im Zk. von dem Gesichtspunkte aus ausschliessen, dass der Zk. rein strafrechtliches (öffentlichrechtliches) Interesse bietet, d. h. dass aus seiner Bestrafung keine Rückschlüsse auf das Zivilrecht möglich sind. Es ist ja in der Tat zuzugeben, dass es — wenn auch selten — strafbare Handlungen gibt, die die Gültigkeit der betreffenden Handlungen, zivilrechtlich betrachtet, nicht beeinträchtigen. Man denke nur an das Verbot, ausländische Lotterielose zu kaufen (vgl. z. B. § 3 des Lotteriegesetzes von E.-L. vom 25. Apr. 1910); hier bleibt die E. der Kontrahenten in das Lotteriegeschäft zivilrechtlich gültig, und doch ist das Lotteriegeschäft strafbar aus dem Grunde, weil der Staat einerseits der Spielsucht entgegentreten, anderseits diese, soweit er sie duldet, doch zugunsten der eigenen Landeslotterie ausnützen will. Wie nun hier die öffentliche (Polizei)-Strafe die Zivilhandlung nicht nichtig macht, so müsste man nach v. Weinrich schliessen dürfen, dass trotz der Strafbarkeit des Zk. die E. in die eventuelle Körperverletzung ein zivilrechtlich gültiges Rechtsgeschäft sei und somit durch diese E. die Widerrechtlichkeit im Sinne des § 823, I B. G. B. ausgeschlossen sei.

Diese Auffassung von v. Weinrich ist aber zu verwerfen aus Gründen, die dem Strafrecht angehören und deren nähere Ausführung dem Abschnitte I dieser Arbeit überlassen worden ist.

Nachdem durch obigen Satz die Auffassung des Verfassers schon kurz angedeutet ist, erscheint es angebracht, schon an dieser

Stelle darauf hinzuweisen, dass der Strafrichter bei der Bestrafung aus einem Zk. zwar — unter Berücksichtigung der Motive — bis auf ein Mindestmass von 3 Monaten herabgehen kann, dass aber unter keinen Umständen völlige Straflosigkeit einzutreten vermag, auch wenn die Gründe noch so edel gewesen sein mögen; im bürgerlichen Rechte dagegen ist eine Berücksichtigung der Motive möglich und erforderlich, wie die späteren Ausführungen ergeben werden. Freilich begeben wir uns damit auf ein Gebiet, wo dem subjektiven Ermessen des Richters ein grosser und gar schwierig abzugrenzender Spielraum gegeben werden muss. Die sozialen Anschauungen gewisser Klassen werden hier, was den zivilen Ersatzanspruch anbetrifft, für den deutschen Richter bindend sein müssen; dieser würde, falls seine eigene Überzeugung mit der der betreffenden Klassen im Widerspruch stünde, doch nicht umhin können, sein Urteil jenen Anschauungen anzupassen; denn der oberste Grundsatz der Rechtspflege, als der ars boni et aequi, gebietet vor allem die Berücksichtigung des Milieu. Solange der »Duellzwang« besteht, wird demnach ein auch noch so überzeugter Gegner desselben seine zivilrechtliche Entscheidung darnach richten müssen.

Andererseits wird aber auch derjenige, der für seine verletzte Ehre mit der Waffe Genugtuung suchen zu müssen glaubt, zugeben dürfen, dass lebensgefährliche Zk., die ohne vorangegangene Ehrverletzung stattfinden, verwerflich sind. Das Strafrecht erkennt zwar, wie erwähnt, keinen Unterschied zwischen den beiden Arten von Zk. (Zk. mit und Zk. ohne vorangegangene Ehrverletzung) an, das Zivilrecht dagegen ist zu dieser Differenziierung m. E. wegen unserer speziell deutschen Verhältnisse genötigt. Auf dieser Differenziierung ist der Abschnitt II dieser Arbeit, der vom Verschulden und der Ersatzpflicht handelt, aufgebaut.

# Ausführung.

## I. Die Widerrechtlichkeit der K. V. und Tötung im Zk. (Strafrecht).

### 1. Allgemeines über den Zk. nach §§ 201—210 St. G. B.

Das Strafrecht gibt uns keine nähere Bestimmung über den Begriff »Zk«; er wird vielmehr als durch die Sitte vorgezeichnet vorausgesetzt, auf die daher bei allen Auslegungsfragen zurückzugreifen ist. Vgl. dazu v. Liszt, Lehrbuch a. a. O. S. 325. der als Erfordernis z. B. anführt, Gleichwertigkeit der Waffen, männliches Geschlecht beider Kontrahenten usw., ansonst die allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften zur Anwendung zu gelangen hätten.

Zum Begriffe des Zk., wie er durch die Sitte vorgezeichnet ist, gehört nicht unbedingt Tötlichkeit der Waffe; das Strafgesetz dagegen bestraft — nach der herrschenden Anschauung — nur den Zk. mit tötlichen Waffen, letzteren aber auch dann, wenn eine Verletzung überhaupt nicht stattgefunden hatte, § 205 St. G. B. Der Zk. mit nicht tötlichen Waffen wird »als solcher« nicht bestraft. Wenn aus ihm K. V. hervorgehen, so sollen auch diese nach der Ansicht einer grossen Anzahl von Autoren nicht widerrechtlich sein (vgl. Pfersdorff a. a. O. S 54, der diese unrichtige Ansicht ebenso abzulehnen scheint), und zwar aus dem Grunde, weil die Strafe sonst höher sein könnte als beim Zk. mit tötlichen Waffen.*) Die

*) Aus diesem Grunde vertritt auch das R. G., Entscheidungen in Strafsachen Bd. 8, S. 87 ff. die Ansicht, dass die studentischen Schlägermensuren — trotz des Vorhandenseins von Schutzmassregeln — dem R. St. G. B. §§ 201 ff. unterfallen. Diese Begründung des R. G. in Bd. 8 S. 87 ff steht aber in Widerspruch mit R. G. (Strafsachen) Bd. 28 S. 212 ff; vgl. unsere Ausführungen unten auf S. 13—15 dieser Arbeit.

Gegner Pfersdorffs, namentlich Binding sind im Unrecht; sie übersehen, dass auch bei einem Zk. mit nichttötlichen Waffen schwere K. V. eintreten können, eventuell auch bei Beobachtung der Kampfesregeln, und ob diese (schweren oder leichten) K. V. straflos sind, dies hängt von der unten zu behandelnden Vorfrage ab, ob im allgemeinen K. V., die mit E. des Verletzten beigebracht werden, widerrechtlich sind. Diese Vorfrage ist aber keinesfalls immer zu verneinen.

Unbestritten ist, dass immer Strafe einzutreten hat, wenn im Zk. mit nichttötlichen Waffen der Tod (etwa durch Fahrlässigkeit) eingetreten ist. Beim reinen Zufall tritt natürlich Straflosigkeit ein beim Zk. mit nichttötlichen Waffen; beim Zk. mit tötlichen Waffen wird derjenige, der zufällig verletzt resp. tötet, doch nach St. G. B. 205 bestraft und zwar deshalb, weil hier schon der Zk. »als solcher» zu bestrafen ist; eine zivilrechtliche Haftung ist aber solchenfalls nicht gegeben, da bei der Verletzung (resp. Tötung) selbst ein schuldhaftes Verursachen fehlt.

Werden beim Zk. mit tötlichen Waffen die Regeln des Zk. vorsätzlich überschritten, St. G. B. 207, so liegt überhaupt kein Zk. mehr vor; ebenso, wenn beim Zk. mit nichttötlichen Waffen die Regeln des Zk. vorsätzlich oder fahrlässig überschritten werden:

es finden alsdann die allgemeinen Regeln Anwendung.

Im 1. Falle kann man bei der Schwere der zu erwartenden Verletzungen von den Parteien nicht verlangen, dass sie sich auch vor fahrlässiger Übertretung der Kampfesregeln zu hüten haben.

Im 2. Falle dagegen, wo der Zk. nicht gefährlich zu werden verspricht — bei Anwendung von auch nur einem gewissen Masse von Vorsicht — muss schon die Fahrlässigkeit eines Teiles (d. h. das fahrlässige Überschreiten der Kampfesregeln) als gegen die guten Sitten und gegen das Gesetz verstossend erachtet werden.

Diese Unterscheidung, die an dieser Stelle etwas unverständlich klingen mag, wird, wie wir unten sehen werden, wichtig, wenn es sich um einen Zk. wegen vorangegangener Beleidigung handelt und der Beleidigte sich im Zk. einen derartigen Verstoss, wie er oben angegeben, hat zuschulden kommen lassen; er kann sich dann nicht

mehr auf das dem Zk. vorhergegangene Verschulden des Beleidigers berufen; vgl. hierzu die späteren Ausführungen auf S. 31 unten.

Ob Schutzmassregeln bewirken, dass ein Zk. im Sinne des R. St. G. B. nicht vorliegt, wird von der herrschenden Lehre wohl mit Recht bejaht, verneint dagegen in vielen Entscheidungen des R. G. Dieses hat, wie schon auf Seite 5 in der Anmerkung angedeutet, seine Begründung in Bd. 8, S. 87 ff. durch die Ausführungen in Bd. 28 S. 212 ff. implicite widerlegt, wenigstens was seine Befürchtungen wegen der Strafrahmen anbetrifft. In seiner Entscheidung in Bd. 8, S. 87 ff. hat das R. G. die herrschende Lehre, der auch es bis dahin gefolgt war, vgl. R. G. Bd. 7 S. 29, verlassen, indem es sich ausserdem noch darauf stützt, dass die Entstehungsgeschichte der § 201 ff lehre, dass der Gesetzgeber die Tötlichkeit der Waffe — als solche betrachtet — ins Auge gefasst habe. Die Controverse bezweckt die Entscheidung darüber, ob die studentischen Schlägermensuren dem R. St. G. B. unterworfen sind (so bekanntlich das R. G.), oder ob sie, da die an sich tötlichen Waffen infolge der Schutzmassregeln als nicht mehr tötlich (im Sinne § 201 R. St. G. B.) anzusehen sind, reichsrechtlich straflos bleiben müssen.

Die Controverse hat für das Zivilrecht gar keine Bedeutung. Auch wenn wir der herrschenden Ansicht folgen und die studentische Mensur als solche für straffrei erklären — wenigstens nach Reichsrecht —, so müssen wir doch die in diesem »nichttötlichen« Zk. eventuell erfolgenden schweren und leichten K. V. bestrafen, falls ein Verschulden desjenigen, der verletzt hat, vorliegt und falls die E. des Verletzten die Widerrechtlichkeit der Verletzung nicht aufhebt. Das letztere wird allerdings im folgenden erst noch zu prüfen sein.

**2. Die E. in eine vorsätzliche (oder fahrlässige) K. V. oder Tötung ist kein Grund, der die strafrechtliche Widerrechtlichkeit der K. V. oder Tötung im allgemeinen ausschliesst.**

§ 823 I spricht von einer widerrechtlichen Verletzung. Wie ist es, wenn der Verletzte in die Verletzung eingewilligt hatte?

Es wird von einigen (so auch von Henle, Handausgabe des B. G. B. ad 823 Note 10) überhaupt geleugnet, dass beim Zk. eine

»E» in die Verletzung vorliege; man willige in den Kampf ein, nicht dagegen in eine K. V., — da man selbst Sieger zu werden hoffe. Gegen Henle ist zu sagen, dass unzweifelhaft eine E. in alle, wenn auch subjektiv unerwünschten Eventualitäten vorliegt, die der Kampf mit sich bringen kann, — denn diese schlimmen Folgen waren als eventuelle vorauszusehen, und durch das Antreten zum Zk. hat der Verletzte seine Zustimmung dazu gegeben, — wenn er auch sich selber versprach, alles, was ihm nach den Kampfesregeln erlaubt war, daran zu setzen, um diese Folgen auf den anderen überzuwälzen.

Eine E. liegt also tatsächlich vor; nur frägt es sich, ob ihr allgemein vom Gesetzgeber bei der Tötung oder K. V. eine die strafrechtliche und damit indirekt (823, I B. G. B.) auch die zivilrechtliche Widerrechtlichkeit ausschliessende Kraft gegeben worden ist.

Aus dem B. G. B. ergibt sich für diese Erörterung zunächst nichts (wie schon zu Anfang betont), das Strafrecht erlaubt uns nur Analogien. Wie weit man mit letzteren gelangen kann, darüber belehrt uns ein Einblick in die Literatur, wo wir in dieser zweifellos bedeutsamen Frage höchst gegensätzliche Anschauungen vorfinden

Das Reichsstrafgesetzbuch erwähnt nur bei der Tötung auf ausdrückliches Verlangen, dass in diesem speziellen Falle der E. keine die Strafbarkeit aufhebende Kraft einzuräumen ist, bzgl. des Einflusses der E. in K. V. auf die Widerrechtlichkeit der K. V. schweigt es völlig. Die Motive zum Strafgesetzbuche freilich sprechen sich für die Bestrafung der K. V. mit E. aus (vgl Hartmann bei Grünhut a a. O.); doch wäre die Berufung auf sie allein allerdings ein schwächliches Interpretationsmittel, wenn nicht das fertige Gesetz selbst denselben Schluss erlaubte.

Pfersdorff hat in seiner Inauguraldissertation von 1897 eine Zusammenstellung von zum Teil trefflichen Gründen gegeben, die sich anführen lassen gegen die weitverbreitete und angeblich allein durch das fertige Gesetz gestützte Ansicht, die der E. (de lege lata) eine — jegliche Widerrechtlichkeit ausschliessende — Kraft beimisst. Gerade beim Zk. ist es m. E. von grösster Bedeutung, in welcher Weise man zu diesen Ansichten Stellung nimmt. Denn, wenn auch § 205 Str. G. B. ergibt, dass eine besondere Strafe für die im Zk. erfolgenden, selbst schweren, K. V. nicht angedroht ist, so ist

damit doch nicht gesagt, dass die letzteren infolge der E. als solche nicht widerrechtlich sind.

Im folgenden wird versucht werden, die Erörterungen, die unsere zahlreichen Gegner, darunter namentlich Binding und Olshausen in ihren Lehrbüchern resp. Commentaren vorbringen, zum Teil im Anschluss an Pfersdorff a. a. O. und an v. Liszt's Lehrbuch des Strafrechts zu widerlegen:*

Die E. fehlt unter den Strafausschliessungsgründen des allgemeinen Teiles des Str. G. B.; dies spricht zum mindesten nicht für ihre Anerkennung als Strafausschliessungsgrund, eher dagegen.

Es ist zu unterscheiden zwischen Tötung mit E. und K. V. mit E; erstere muss wieder unterschieden werden von dem privilegierten Falle der Tötung auf ausdrückliches und bestimmendes Verlangen 216. Der § 216 St. G. B. enthält ein delictum sui generis; er enthält an und für sich keinen die Strafbarkeit des Mordes oder Totschlages im Sinne des § 213 St. G. B. mildernden Umstand (so wenigstens nach dem R. G. in Strafsachen Bd. 28 S. 200 ff).

Da nun die Tötung infolge blosser E. zwar nicht unter den privilegierten Tatbestand des § 216 fallen kann, wohl aber unter den des § 213, — so sind beide Tötungsarten widerrechtlich, wenn auch minder strafbar als die gewöhnlichen Fälle der Tötung.

Die Heranziehung des Strafrahmens von § 216 erfolgt nun, um den Beweis zu erbringen, dass das Gesetz der E. in K. V. volle Kraft beimisst. Denn, sagt man, wenn das Gesetz sogar bei der Tötung auf ausdrückliches Verlangen eine geringe Strafe für angebracht hält, so muss man bei seinem Schweigen über die K. V. mit E. deren Straflosigkeit annehmen dürfen.

Dem ist erstens zu entgegnen, dass diese Ansicht anscheinend schon auf einer Verwechslung der Tötung auf ausdrückliches Verlangen (216) u. der Tötung mit »E« beruht; auf letztere findet, wie oben bemerkt, § 213, nach einigen sogar § 211 oder 212 Anwendung; erstere dagegen verlangt, dass die psychische Innervation zur Tat erst durch das Bitten hervorgerufen wurde.

*) Auf den Seiten 8—12 dieser Arbeit ist zum Teil der Inhalt der Pfersdorffschen Dissertation verwertet, auf die deshalb hier ausdrücklich verwiesen werden möge.

Zweitens kann man aus dem Gesetz mit mehr Recht das Gegenteil schliessen: es hat also besonderer Bestimmung bedurft, um die moralisch oft entschuldbare Handlung des § 216 (man denke nur an die Tötung des tötlich verwundeten Soldaten, der seine Kameraden um den erlösenden Schuss anfleht) milder zu bestrafen; daraus lässt sich doch nicht auf die Straflosigkeit aller K. V. mit blosser E. schliessen.

Im einzelnen:

Binding führt 4 Gründe für die Straflosigkeit der mit E. vorgenommenen K. V. an (vgl. Pfersdorff a. a. O. S. 48 ff).

1. »Stünde der Versuch der Tötung Einwilligender unter Strafe, so betrüge diese nach den § § 216 und 44: 9 Monate bis 4 Jahre und 364 Tage Gefängnis. Sie träfe auch die schwersten Fälle »qualifizierten Versuchs«, also auch die Verstümmelung des Einwilligenden in Tötungsabsicht. Die schwere K. V. Einwilligender aber wäre mit Zuchthaus von 1—5. bzw. von 2—10 Jahren zu bestrafen. (224, 225).«

»Dazu ist zunächst zu bemerken, dass auch Binding den § 216 falsch zu werten scheint, da er eine blosse »E« zum Tatbestandsmerkmale des 216 macht. Wir müssen deshalb, um seiner Beweisführung entgegenzukommen, die ersten 2 Sätze des obigen Zitates entsprechend berichtigen. Aber auch dann erscheint es fraglich, ob man auf hypothetischen Erwägungen, wie sie Binding anstellt, aufbauen darf. — Selbst wenn wir aber entgegen der Ansicht des R. G. Bd. 28 S. 200 ff den Versuch des Deliktes des § 216 für strafbar erachten oder, wie Binding, die Strafbarkeit des Versuches — hypothetisch — annehmen wollten, so würden obige Strafmasse doch nicht gegen uns sprechen.

Binding sagt richtig: es würden unter den — hypothetischen — Versuchsstrafrahmen des Deliktes des § 216 die schwersten Fälle qualifizierten Versuches, also auch die Verstümmelung ausdrücklich Verlangender in Tötungsabsicht fallen müssen. Erscheine es dann nicht unbillig, sagt er weiter, dass die Verstümmelung Einwilligender oder ausdrücklich Verlangender ohne Tötungsabsicht mit Zuchthaus (nach § § 224 und 225) bestraft werden müsste?

Diese Frage ist zu verneinen nach Pfersdorff:

Der psychologische Tatbestand des Deliktes 216 erfordere nämlich eine durchaus milde Beurteilung im Vergleiche zu dem der K. V. Einwilligender. Weil gegen das Leben gerichtet, sei doch nicht jede Tötung unbedingt verwerflicher wie jede K. V. (vgl. S. 9 . . . oben dieser Arbeit! Eine K. V. Einwilligender, die auf der sittlichen Höhe des in 216 geforderten Vorsatzes stünde, lasse sich schlechterdings nicht konstruieren! Auch v. Liszt's Lehrbuch (17. Aufl. S. 313) schliesst sich der Ansicht an, dass sich ohne Übertreibung die Verstümmelung eines Einwilligenden als das schwerere Verbrechen gegenüber der Tötung desselben bezeichnen lässt!*)

Dem strafbaren Versuche des Deliktes des § 216 — auch dem sog. qualifizierten, bei dem eine schwere K. V. übrig bleibt — müsste dann natürlich dieselbe relativ nachsichtige Beurteilung zugutekommen wie dem vollendeten Delikte.

Ein Argument gegen die Strafbarkeit der K. V. Einwilligender ist somit nicht geliefert.«

2. »Es ist unbestritten und unbestreitbar, dass die K. V. eines Einwilligenden, um ihn zur Dienstpflicht untauglich zu machen, insbesondere seine Verstümmelung, einen qualifizierten Fall der Verstümmelung darstellt. Mit der Beschädigung fremder Gesundheit trifft ein Delikt wider die Wehrkraft des Staates zusammen, und dieser Umstand übt sogar die Wirkung aus, die Selbstverstümmelung unter die strafbaren Handlungen zu erheben. — Die qualifizierte Verstümmelung Einwilligender steht unter Strafe des Gefängnisses von 1 -5 Jahren, die nicht qualifizierte aber wäre in 225, der ja

*) Dieser moralischen Beweisführung Pfersdorffs und v. Liszt's wagt der Verfasser allerdings nicht beizutreten; denn einerseits vertritt der Verfasser eine andere Moral und andererseits gehört die Moral nicht ins Recht, wenn sie nicht schon im Rechte ausdrücklich sanktioniert ist. Der Verfasser hält deshalb von den auf Seite 9 und 10 der Arbeit angeführten Argumenten Pfersdorffs persönlich nur das aufrecht, dass ein Vergleich des Strafrahmens des 216 mit demjenigen für schwere K. V mit E (224 225) deshalb von vornherein abgelehnt werden muss, weil es sich im ersteren Falle (216) um eine ganz anders geartete Zustimmung als in dem letzteren Falle (224/5) handelt.

allein zum Vergleiche herangezogen werden kann, mit Zuchthaus von 2 bis 10 Jahren belegt.«

Dem im letzten Satz ausgedrückten Bedenken hält Pfersdorff entgegen, dass die Handlung desjenigen, der einem anderen mit dessen Willen eine ansteckende Krankheit (z. B. Syphilis) einimpft, zweifellos moralisch verwerflicher, für die Gesamtheit gefährlicher und für den Staat verhängnisvoller ist, als die Handlung dessen, der einem anderen ein Fingerglied abhaut, um ihn zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich zu machen. —

Im 1. Falle des Pfersdorffschen Beispieles tritt Bestrafung nach § 225 ein,

im 2. Falle würde, falls nicht die Handlung eine Richtung gegen die Wehrkraft des Staates enthielte, Bestrafung auf Grund des § 223a einzutreten haben; eine Bestrafung nach 142 II erscheint hier als hinreichende Sühne; — die Behauptung der Gegner, dass der Finger ein wichtiges Glied des Körpers im Sinne 225 sei, widerlegt sich durch den Einwand, welches Glied denn dann als unwichtig zu gelten hätte.*)

Wo die K. V. des Einwilligenden, als solche betrachtet, ein nach 225 zu bestrafendes Delikt darstellt, haben natürlich im Falle des Untauglichmachens zur Erfüllung der Wehrpflicht bzgl. 142 II und 225 R. St. G. B. die Grundsätze der Idealkonkurrenz platzzugreifen, d. h. es hat das schwerste Gesetz zur Anwendung zu kommen.

Da also auch hier die strengere Strafe eintritt, so verliert das von Binding angeführte argumentum a contrario jede Beweiskraft.

3. »Sollte die K. V. Einwilligender strafbar sein wie die Widerstrebender, so würden sich die Satzungen über das Duell nicht erklären lassen. Aus St. G. B. 206 ergibt sich, dass die Tötung im Duell einen Schärfungsgrund dieses Verbrechens bildet. Die Ordnung des Kampfes, zusammen mit der zwar nicht direkten, aber eventuellen E. der Kämpfer in die ordnungsgemäss erhaltenen Ver-

*) Auch das R. G. Bd. 6, S. 346 ff sagt, dass das Fingerglied nicht immer als wichtiges Glied anzusehen ist; es komme darauf an, ob nach der Lebenserfahrung durch den Fingerverlust die Erwerbsfähigkeit in bedeutendem Masse gehemmt sei; es sei demnach möglich, dass trotz des Verlustes eines Fingergliedes kein Delikt nach 224,5 vorliegt.

letzungen lässt aber die Strafe des Mordes wie des Totschlages als unzulässig erscheinen. Aus 207 erhellt, dass alle K. V., mittels vorsätzlicher Übertretung der Kampfesregeln beigebracht, nach den allgemeinen Regeln über die K. V. zu bestrafen sind. Somit sind alle schwereren und leichteren K. V. im Duelle und alle in nur fahrlässiger Übertretung der Kampfesregeln zugefügten nicht einmal obligatorische Straferhöhungsgründe. Hat die ev. E. solche Kraft, so muss die prinzipale die Bestrafung ganz ausschliessen.«

Mit ebensoviel Recht lässt sich aber auch folgendes aus den Satzungen über den Zk. ableiten: Gerade daraus, dass die K. V. im Zk. als solche nicht strafbar sind, durch die den Zk. treffende Strafe dem Gesetzgeber vielmehr hinlänglich geahndet erscheinen, ergibt sich, dass die gewöhnlichen K. V. Einwilligender strafbar sind. Denn das Duell ist zweifellos diejenige Art von K. V. mit E., die in der Achtung des Volkes nach der Meinung des Gesetzgebers am höchsten steht. Es gehört allerdings nicht zum Tatbestande des Zk. mit tötlichen Waffen, dass einer vorausgegangenen Ehrverletzung wegen gekämpft wird. Es ist aber historisch erwiesen, dass der Gesetzgeber die §§ 201 ff nur mit Rücksicht auf die bestehende Sitte des Duells und die in der Regel im Ehrgefühl wurzelnden Motive des Handelnden aufgestellt hat. Deshalb hat eben der Gesetzgeber hier der E. einen grösseren Einfluss auf die Strafbarkeit zuerkennen wollen, aufgehoben dagegen hat er sie nicht.

§ 207 beweist für die Frage nichts. Wenn die mit Übertretung der Kampfregeln vorsätzlich zugefügten Verletzungen nach den gewöhnlichen Regeln über die K. V. bestraft werden sollen, so hat deshalb die E. doch nicht die Kraft, für ordnungsgemäss im Duell zugefügte Verletzungen die Widerrechtlichkeit überhaupt auszuschliessen.

4. »Sind aber die K. V. im Zk. mit tötlichen Waffen als solche straflos, so muss dies in noch viel höherem Masse von den K. V. im Zk. mit nichttötlichen Waffen gelten. Diese wären dann straflos trotz der bloss eventuellen E., während die prinzipale E. die Strafbarkeit der K. V. nicht ausschlösse.«

Dieses letzte Binding'sche Argument wurde schon oben auf S. 4 dieser Arbeit vom Verfasser berührt. Pfersdorff hebt richtig hervor, dass der Zk. mit nichttötlichen Waffen »als solcher« nicht

strafbar sei; daraus, sagt er, folgt aber noch lange nicht die Straflosigkeit der in solchem Zk. zugefügten K. V. Die im Zk. solcher Art erfolgten K. V. sind vielmehr auf Grund der gewöhnlichen Bestimmungen über die K. V. Einwilligender zu beurteilen. Pfersdorff glaubt, dies könne allerdings zu bedenklichen praktischen Konsequenzen führen, da in den leichtesten Fällen § 223 a, in schweren § 224 zur Anwendung kommen müsse, weshalb er anscheinend auf der Strafbarkeit bei Verletzungen im Zk. mit nichttötlichen Waffen nicht fest zu verharren wagt und Binding nur entgegenhält, dass der Gesetzgeber hier wiederum unter dem Gesichtspunkte des wegen vorangegangener Ehrverletzung milder zu behandelnden Zk. mit nicht tötlichen Waffen — vielleicht völlige Straflosigkeit der darin vorkommenden K. V. anordnen wollte, dass dies aber keinen Rückschluss auf die ausserhalb solchen Zk. erfolgenden K. V. mit E. gestatte.

Hierzu sagt das R. G. nun folgendes, R. G. E. Bd. 6 S. 62 unten: »es wird dabei übersehen, wie gar nicht in Frage steht, ob ein Zk. mit nicht tötlichen Waffen, also eine den Zk. im strafgesetzlichen Sinne gar nicht erfüllende Handlung, noch als Zk. strafbar sein könne. Als Zk. bleibt diese Handlung allerdings straflos. Was zu entscheiden ist, bleibt allein die Frage, ob eine in oder durch einen solchen, objektiv ausserhalb der Grenzen strafbaren Zks. liegenden Kampf verübte K. V. oder Tötung auch als K. V. oder Tötung straflos bleiben müsse. Und dieses muss unbedingt verneint werden. Dass der strafbare Zk. die Strafbestimmungen über K. V. und Tötung absorbiert, entspricht den positiven Dispositionen unserer Strafgesetzgebung. Dass dieselbe Absorption auch auf dem Gebiete solcher Handlungen Platz greifen sollte, die die Strafgesetzgebung in ihrem Sinne gar nicht Zk. nennt, hiesse ohne gesetzliche Grundlage einen neuen Strafausschliessungsgrund schaffen«. Vgl. ferner auf S. 63 a. a. O. in der Mitte: »es lässt sich bei dem Mangel einer etwa dem § 216 St. G. B's. nachgebildeten Vorschrift für K. V. aus der E. des Verletzten das Nichtvorhandensein strafbarer K. V. nicht begründen«.

Zwar lässt es sich nicht leugnen, dass eine Disharmonie besteht zwischen der Bestimmung, dass die schweren K. V. im Zk. mit tötlichen Waffen nach § 205 mit Festungshaft bis zu 5 Jahren höchstenfalls, die schweren K. V. im Zk mit nichttötlichen Waffen

mit Zuchthaus bis zu 5, ja nach 225 bis zu 10 Jahren bestraft werden könnten, — ferner in der Tatsache, dass es sich im ersteren Falle nach der Terminologie des Gesetzes bloss um ein Vergehen, im zweiten Falle dagegen um ein Verbrechen handelt.

Trotzdem glaube ich, auch hier gegen Binding verharren zu dürfen. Es handelt sich hier nämlich um einen Fall, wie er ähnlich bereits durch R. G. Bd. 28 S. 212 3, 4/5 entschieden worden ist (ebenso durch R. G. Bd. 24, S. 369). Dort handelte es sich um folgendes: ist die schwere K. V., die bei einem (straflosen) Versuche des Deliktes des § 216 begangen ist, strafbar nach 224? Dies wird bejaht vom R. G., trotz der oben angedeuteten Bedenken. Es sagt a. a. O. S. 214:

»Denn die danach zweifellos bestehende Disharmonie in den Strafandrohungen des § 216 einerseits und den gegen die vorsätzliche K. V. in den bezeichneten Fällen andererseits entspringt lediglich positiven Einzelbestimmungen des St. R. G. B., die darum nicht geeignet sind, die Anwendung allgemeiner Grundsätze des Strafrechts auszuschliessen. Dem Umstande, dass Unzuträglichkeiten möglich sind, vermag gegenüber dem gegebenen Gesetze ein Einfluss nicht eingeräumt zu werden, und das Gesetz geht dahin, dass jede mit Strafe bedrohte Handlung ihre Ahndung finde, soweit das Gesetz nicht selbst Ausnahmen bestimmt. Eben deshalb kommt endlich auch dem Umstande keine Bedeutung zu, dass nach der im § 1 St. G. B's. gegebenen Begriffsbestimmung die im § 216 mit Strafe bedrohte Handlung nur ein Vergehen darstellt, während die strafbaren Handlungen der §§ 224, 9 als Verbrechen zu bezeichnen sind: . . . . . .«

Können wir daraus einen Schluss auf unsere Frage ziehen? Direkt wohl nicht; denn das R. G. sagt in der eben erwähnten Entscheidung Seite 213 unten, dass es keine Veranlassung gefunden habe (bei der Beurteilung des qualifizierten Versuches des Deliktes des 216), auf die prinzipielle Frage, inwiefern die E. in eine K. V. geeignet sei, deren Bestrafung auszuschliessen, einzugehen, denn es stellt sich auf den Standpunkt, dass insoweit die Absicht von entscheidender Bedeutung sei, und deshalb die E. zwar auf Tötung, nicht aber auf K. V. gehe.

Eine mittelbare Unterstützung ist uns indes doch schon dadurch geworden, dass das R. G. keinen Anstoss daran nimmt, dass die

in dem (an sich straflosen) Versuche des Deliktes 216 evtl. enthaltene schwere K. V. schärfer als die Vollendung des Deliktes 216 bestraft werden könnte!

Dies können wir uns für unseren Fall zu nutze machen, so dass ein Bedenken gegen die Bestrafung auch der im Zk. mit nicht tötlichen Waffen (mit E.) zugefügten K. V. in dieser Hinsicht nicht vorliegen kann. Die Begründung des R. G. Bd. 8 S. 87 ff. steht also zum Teil (vgl. Bd. 8 S. 90 unter Ziff. 3) im Widerspruch mit den umseits angeführten Ausführungen des R. G. Bd. 28 S. 214.

Ausdrücklich zugunsten unserer Ansicht spricht sich das R. G. ausser in dem Urteil R. G. Bd. 6 S. 63 und 64 noch in dem Urteile Bd. 2 S. 442 aus, anscheinend gegen uns in R. G. Bd. 25 S. 387, wo es bei operativen Eingriffen die E. allein entscheiden lässt, ohne dabei das Erfordernis aufzustellen, dass die E. nur dann als gültig gelten darf, wenn sie unter der Bedingung gegeben wird, dass der Arzt kunstgerecht verfahren wird.

Was nun die Stellungnahme des Verfassers zur Frage der Widerrechtlichkeit der K. V. mit E. betrifft, so glaubt er, auf den von der Strafrechtswissenschaft anerkannten Satz zurückgehen zu müssen, dass beim Schweigen des Gesetzgebers die Angemessenheit der vorgenommenen Handlung im Hinblick auf den empirisch gegebenen Zweck des staatlich geregelten Zusammenlebens zu prüfen ist (vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 140/1).

Dass der einzelne dominus membrorum suorum ist, dies widerspricht entschieden (wenigstens in schweren Fällen) unserem Rechtsbewusstsein; so sagt übrigens schon das römische Recht (auf das v. Liszt, Lehrbuch S. 313 verweist), in l. 13 pr. D. 9, 2: Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem, — directam enim non habet —, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur.

Es dürfte m. E. nichts entgegenstehen, anzunehmen, dass derjenige, der in eine ohne Grund erfolgende Verstümmelung einwilligt, von einem gewissen »color insaniae» befallen gewesen sei, so dass eine solche »E.« als in Wirklichkeit nicht vorhanden angesehen werden müsste (vgl. auch St. G. B. 176, Ziff. 2, wonach auch einer geisteskranken Frauensperson die Befugnis, über ihren Körper zu verfügen, abgesprochen wird).

Man darf der Gesetzgebung nicht den Vorwurf der Vermengung von Moral mit dem rechtlich Erreichbaren machen, wenn sie gegen solche Willkürlichkeiten einschreitet. Denn selbstverständlich muss die Selbstverstümmelung (wie der Selbstmord) straflos bleiben; das Individuum soll frei leben und sterben können »nach seiner façon«. Die Aufrechterhaltung dieser Maxime hindert aber nicht das soziale Unwerturteil über die Tat als solche. Die Gesamtheit wird denjenigen, der sich selbst schwer verletzt, noch bemitleiden, denjenigen dagegen, der eine solche K. V. einem Dritten ohne vernünftigen Grund beiträgt, will sie wie einen Frevler behandelt wissen, so namentlich den Arzt, der eine Frau, ohne dass eine momentane dringende Ursache vorliegt, einzig und allein aus dem Grunde sterilisiert, weil die Conzeptionsmöglichkeit als etwas Lästiges beseitigt werden soll.

Dass der Zusammenhang der Strafbestimmungen in unserem geltenden Rechte implicite die Berücksichtigung dieser vox populi als unmöglich erscheinen lässt, wie unsere Gegner behaupten, dürfte nach obigem nicht anzunehmen sein; auch verstösst unsere Ansicht nicht gegen den Grundsatz: nulla poena sine lege. Die psychologische Rechtfertigung eines § 216 spricht zugleich gegen eine Anerkennung der E. in den anderen Fällen der Verletzung der körperlichen Integrität,*) vgl. den Fall des tötlich verwundeten Soldaten auf S. 9.

Wenn v. Liszt (Lehrbuch S. 313 a. a. O.) die Ansicht vertritt, man müsse auch bei den leichtesten K. V. konsequenterweise trotz der E. eine, wenn auch sehr geringe, Strafe (3 Mk.) aussprechen, so erscheint dies nicht als unnötige Schematisierung; die Unterscheidung in leichte und schwere K. V mit E. und eine unterschiedliche Be-

*) Der Gesetzgeber hat, als er die Bestimmungen über die Bestrafung der K. V. gab, vielleicht an die Frage der K. V. mit E. nicht gedacht; damit ist aber noch lange nicht gesagt, dass er die letztere für relevant erachtet; es folgt daraus eher das Gegenteil: ein Gesetz, das ein Delikt nach § 216 St. G. B. kennen, die schwere K. V. mit E jedoch nicht strafen würde, wäre eine Absurdität; diese wollte unser Gesetzgeber sicher nicht; er hat vielmehr — eine dritte Möglichkeit gibt es nicht — implicite das gewollt, was der Verfasser dieser Arbeit als seinen vernünftigen Willen erläutert hat.

handlung beider Arten wäre verkehrt, denn auch eine leichte K. V. kann unsittlich sein, trotz E., so dass nachher noch Strafantrag möglich sein muss.

Das öffentliche Interesse muss für die gerechte Beantwortung unserer Frage, für die Beurteilung, was sittlich, was unsittlich ist, herangezogen werden. Nur dieses wird dem Richter den nötigen Spielraum gewähren, um diese theoretische Frage in dem speziellen Falle unter Berücksichtigung unserer gesamten Kulturnormen richtig zu beantworten.*)

Ist nun eine E. in fahrlässige K. V. denkbar? Dies ist wohl nicht zu leugnen; vgl. Pfersdorff a. a. O. S. 21: »der Einwilligende sieht den Erfolg bestimmt voraus, der andere Teil, der handelte, hätte den Erfolg voraus sehen können und sollen.« Auch hier ist dann Strafantrag zulässig, falls im gegebenen Falle Fahrlässigkeit vorlag; eine zivilrechtliche Haftung des fahrlässig Handelnden wäre aber solchenfalls nicht zu begründen; denn das »dolose« Verhalten des die fahrlässige Handlung Duldenden ist ein grösseres Verschulden als die blosse Fahrlässigkeit des Täters (B. G. B. 254). — Man könnte nun einwenden, dass das eben Erörterte von unserem Thema zu abgelegen ist, weil der Zk. begrifflich vorsätzliches Handeln voraussetzt. Dies wird zugegeben; der Verfasser denkt nun an den vielleicht nicht so seltenen Fall bei der Bestimmungsmensur, wo ein Duellant antritt in der Absicht, eine Verletzung und damit für künftige Zeiten ein Narbe davon zu tragen. Der betreffende führt dann den angeblichen Zk. so lässig, dass offenbar — objektiv betrachtet — eine ernste Gegenwehr, die doch zum Begriffe des Zk. gehört, seinerseits nicht vorliegt. Der andere Kontrahent merkt nun infolge (leichter oder grober) Fahrlässigkeit die Absicht des ersteren nicht, und es kommt so zu einer Verletzung, die schwerere Folgen nach sich zieht, als der Zustossende gewollt hatte Es handelt sich hier namentlich

*) Aus diesem Grunde wäre eine allgemeine Regelung der Frage für den Strafgesetzgeber selbst äusserst schwierig gewesen, da er sich doch auf die vernünftige Erforschung des sozial Gebilligten durch die jeweilige Rechtsprechung verlassen muss; eine solche Regelung erscheint deshalb nicht einmal geboten, da die Fassung eines entsprechenden Textes nie genau genug gewählt werden könnte.

um solche Fälle des Zk., wo bei Beobachtung der Kampfregeln meistens nur eine leichte K. V. eintreten könnte Kommt es nun auf diese Weise, nämlich infolge allzulässiger Anteilnahme des einen am Zk., zu einer schweren K. V., so ist dieser schwerere Erfolg nur durch Handeln — »ausserhalb des Zk« entstanden. Strafrechtlich allerdings muss dieser schwerere Erfolg dem Zustossenden zugerechnet werden, strafrechtlich ist der letztere solchenfalls haftbar wegen vorsätzlicher schwerer K. V. (224) Zwar beabsichtigte er bloss eine leichte K. V.; doch war das Zustossen zwecks Beifügung dieser leichten K. V. jedenfalls eine vorsätzliche Handlung und es muss der schwerere Erfolg strafrechtlich dem Täter zugerechnet werden, da es sich beim § 224 um ein durch den blossen Erfolg qualifiziertes Delikt (sog. Erfolgsdelikt) handelt und es de lege lata zur Anwendbarkeit des § 224 nicht nötig ist, dass der schwerere Erfolg mindestens voraussehbar war.*)

Was aber im Strafrecht eine Härte bedeutet, wird für das bürgerliche Recht durch § 254 B. G. B. gemildert. Dieser ermöglicht uns, den Umstand zu berücksichtigen, dass auf seiten des Zustossenden der Eintritt des schwereren Erfolges nicht voraussehbar war oder nur aus Fahrlässigkeit nicht vorausgesehen worden ist, und er zwingt uns zum Schlusse, dass die Nichtteilnahme am Zk., die »dolos« erfolgte, ein noch grösseres »Verschulden« inbezug auf den Eintritt des schwereren Erfolges bedeutet als das Zustossen dessen, der wähnte (allerdings vielleicht infolge Fahrlässigkeit), dass es durch sein Zuschlagen nur zu einer leichten K. V. kommen würde. Eine zivilrechtliche Haftung des Täters ist in solchem Falle demnach ausgeschlossen.

Es erscheinen diese Ausführungen wohl etwas theoretisch, doch scheint mir ihre praktische Verwendbarkeit nicht ganz und gar ausgeschlossen zu sein. Auch glaubte ich, diese Erörterung über B. G. B. 254, deren nähere Ausführung unter dem Teile II dieser Arbeit er-

---

*) Auch wenn man dem R. G. in der Zklehre folgen will, so muss man doch hier zum selben Resultate kommen: ein Zk. im Sinne von § 205 wäre zwar nicht anzunehmen, sondern höchstens ein strafloser Versuch desselben. Aber es würde dann Strafe eintreten müssen nach 201 in Realkonkurrenz mit 224.

folgen wird, schon hier bei der Behandlung des strafrechtlichen Teiles bringen zu dürfen: es soll hier eben der Gegensatz zwischen B. G. B. und Strafrecht beleuchtet werden.

Soweit die rein strafrechtliche Untersuchung der Bedeutung der E. in K. V. Etwas mehr von der zivilrechtlichen Basis ausgehend, aber sehr zutreffend führt v. Liszt in den »Deliktsobligationen« S. 96 aus:

»der Einfluss der E. dürfte gerade soweit reichen als die Möglichkeit, durch Vertragsschluss ohne Verletzung der guten Sitten über die eigene Rechtssphäre zu verfügen.«

Dieser Satz v. Liszt's ist dahin zu erläutern: ein Vertrag, der den einen Kontrahenten verpflichtet, eine K. V. zu erdulden, kann gültig sein, wenn ihm ein höherer, sozial anerkannter Zweck zugrundeliegt, z. B. ein Gesunder lässt sich eine grössere Masse Blut oder Haut nehmen, um sie auf einen Kranken übertragen zu lassen. — Hierbei muss man indes festhalten, dass jederzeit bis in den letzten Augenblick hinein ein Widerruf seitens desjenigen möglich ist, der sich zur Duldung einer derartigen K. V. erboten hatte. Erst wenn auch während der Vornahme kein Widerspruch erfolgt ist, ist die K. V. als sittlich zu bezeichnen (und auch straflos.) Sittlich kann z. B. auch eine geringfügige K. V. sein, falls sie der Stählung des Mutes dienen sollte.

Bezweckt aber die K. V. überhaupt nichts Sittliches, so ist auch die während der Vornahme derselben vorhandene E. strafrechtlich wie zivilrechtlich unerheblich.

Damit ist für uns auch die Frage praktisch erledigt, ob die E. ein Rechtsgeschäft oder eine Rechtshandlung darstellt. Rechtsgeschäft liegt nach der Schuldetinition vor bei jeder erlaubten Handlung, die mit der Absicht vorgenommen wird, einen Rechtseffekt zu erzielen. Fehlt diese Absicht und hat die Handlung doch rechtliche Folgen, so liegt eine Rechtshandlung vor.

Die II. Kommission für das B. G. B. (vgl. Staudinger a. a. O. ad 823) führt folgendes aus:

»es treffe nicht zu, wenn der Entwurf davon ausgehe, dass die E. immer den Charakter eines Rechtsgeschäftes habe; sie könne vielmehr ganz verschieden zu charakterisieren sein.«

Als Rechtsgeschäft wird die E., — durchaus zutreffend, aufgefasst von Zitelmann a. a. O. S. 51 ff.

Diese theoretischen Streitfragen, die geradezu in Künsteleien ausarten, können wir ruhig übergehen. Uns obliegt nur, zu prüfen, ob die E. in die K. V. deren Strafbarkeit beseitigt hat. Wenn dies nach den von uns aufgestellten (strafrechtlichen) Grundsätzen bejaht werden kann, dann ist auch für die Widerrechtlichkeit im Sinne des B. G. B. 823,I kein Raum mehr gegeben, und das genügt uns.

**3. Obgleich die E. in die K. V. oder Tötung deren Widerrechtlichkeit nicht beseitigt, so ist trotzdem die Berufung auf Notwehr gegen den im Zk. vorgenommenen Angriff nicht zulässig.**

Ein gar zu subtiler Jurist mag vielleicht auch auf den folgenden Gedanken verfallen:

Wenn man die Verletzung im Zk. wegen Unwirksamkeit der E. als rechtswidrig auffasst, wie ist zu erklären, dass Notwehr gegen den im Zk. vorgenommenen Angriff trotzdem unzulässig ist?

Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich daraus, dass die Handlung des Zustossenden d. h. des endgültigen Siegers mehr ist als eine Notwehrhandlung. St. B. § 53 und B. G. B § 227 verlangen zum Ausschlusse der Widerrechtlichkeit, dass der in Notwehr Handelnde eine Handlung vornehme, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich abzuwenden. Wenn der Hieb des G. den des A. abwehrt und dazu noch den A. verletzt, so ist darin nicht bloss eine Verteidigung, sondern stets auch ein selbständiger neuer Angriff enthalten, der mit dem Begriffe Notwehr nichts mehr gemein hat. Wollte G. das rechtswidrige Handeln des A. unschädlich machen, so durfte er eben nur parieren und nicht einen darüber hinausgehenden Vorstoss vornehmen; auch § 53, III St. G. B. könnte nicht zugunsten des G. in Frage kommen, da die Beteiligten satzungsgemäss eine Bestürzung nicht kennen dürfen und erfahrungsgemäss auch nicht kennen.

Man muss sich aber fragen: ist es nicht etwas Unnatürliches, die Handlungseinheit, die in dem Zk. liegt, in einzelne Phasen zu

zerlegen, wie wir es eben getan haben? Wird nicht durch solche Künsteleien das vernünftige Bild des ganzen Vorganges zerstört? Gewiss ist dies der Fall; man muss deshalb von einem anderen Gesichtspunkte aus an die Frage herantreten und sagen, dass das Entscheidende im Antreten zum Zk. liegt; der Kampf wird auf beiden Seiten in der Weise geführt, dass jeder selbst als Angreifer auftritt. Wenn es nun dem einen — sei es auch infolge seiner grösseren Schlagfertigkeit — gelingt, den Gegner zu treffen, so ist dies doch hauptsächlich die Folge des Gegenübertretens gewesen. In dem letzteren allein liegt die Hauptverschuldung.*) Dass dem so ist, ergibt sich aus dem Strafgesetze, das im § 206 implicite die Berufung auf Notwehr im Zk. verwirft. Wie liesse sich denn sonst die Satzung des § 206 erklären im Verhältnisse zu der des § 205! Der § 206 unterscheidet also nicht, ob der den entscheidenden Stoss Führende, d. h. die Tötung im Zk. Vollziehende, in Notwehr handelte, und zwar aus dem Grunde nicht, weil es das Delikt des § 206 als Erfolgsdelikt im Verhältnisse zu dem Delikte des § 205 behandelt wissen will. § 205 bestraft das Antreten als solches, d. h. den Zk., der evtl. auch ohne Verletzung verlaufen ist. Ist aber nun einer in dem Masse Sieger geworden, dass er den anderen dabei töten musste, so hat dieser nach Ansicht des Gesetzgebers eine härtere Strafe verwirkt. Die Berufung auf Notwehr ist ihm also ausdrücklich versagt, da das Gesetz implicite sagt, dass das Gegenübertreten die Hauptschuld ist und § 206 nur ein Erfolgsdelikt bilden soll. Was aber für das Strafrecht gilt, das hat in dieser Frage dieselbe Be-

---

*) Auch beim Pistolenduell, beim dem verabredet wurde, dass der eine A. zuerst schiessen solle, der andere B. nachher, ist dasselbe anzunehmen: schiesst B. nachher, d. h. nach einer kleinen Pause, so handelt er nicht in Notwehr, da der Angriff auf ihn vorbei ist. Schiessen dagegen beide — weil es so verabredet — ungefähr gleichzeitig los, so handelt trotzdem keiner in Notwehr, denn das Abdrücken ist nicht die Handlung, die erforderlich ist, um den gegnerischen Angriff abzuwehren; es gibt noch andere Mittel, die nicht schimpflich sind, so z. B. die Erklärung man mache nicht mehr mit, das Sichhinwerfen auf den Boden, indem man den Kampf aufzugeben erklärt u. s. w. Die beste Notwehr wäre die gewesen, überhaupt nicht anzutreten.

deutung für das Zivilrecht zu beanspruchen, da die Voraussetzungen der Notwehr in beiden Materien dieselben sind (vgl. den Wortlaut der §§ 53 St. G. B. und 227 B. G. B. und unsere Ausführungen unter I 4 dieser Arbeit, wo wir erörtern werden, dass der Ausdruck Widerrechtlichkeit in unserer Frage sowohl für das Strafrecht als auch für das Zivilrecht dieselbe Tragweite besitzen muss).

**4. Die „zivilrechtliche Widerrechtlichkeit" der Tötung und K. V. im Zk. kann nicht schon daraus gefolgert werden, dass beide Duellanten strafbar sind.**

Man macht zunächst geltend, dass die E. (auch des nachher Unterliegenden) in den Zk. vom Gesetzgeber unter Strafe gestellt sei, es sich hier also um ein positives Verbot der E. handle; die E. sei demnach aus diesem Grunde so wie so schon nichtig (B. G. B. 134). So namentlich Zitelmann a. a. O.: die Widerrechtlichkeit der Handlung sei nicht darin zu suchen, dass die Handlung trotz E. verboten sei, sondern darin, dass die E. strafbar sei.

Dem ist folgendes zu entgegnen:

Die Widerrechtlichkeit einer Handlung muss aus dem Zusammenhang des gesamten Straf- und Zivilrechts entnommen werden. Sehr oft muss, wenn das Strafrecht einen Umstand (hier die E.) für irrelevant erklärt, das Zivilrecht ebenso entscheiden (d. h. hier: die E. als gegen die guten Sitten verstossend bezeichnen) und eine Schadensersatzpflicht aussprechen. Immer allerdings harmonieren die sog. zivilrechtliche und strafrechtliche Widerrechtlichkeit nicht miteinander, vgl. das Beispiel des Lotterievertrages, auf S. 2 Mitte. Es kommt eben darauf an, den Zusammenhang der Gesetzesbestimmung ins Auge zu fassen. Beim Lotterievertragsgesetz E.-L's. handelt es sich um eine lex minus quam perfecta. Das Interesse des Staates, das auf S. 2 beschrieben ist, erscheint genügend gewahrt durch die Androhung einer Polizeistrafe, die die zivilrechtliche Gültigkeit des Lotterievertrages nicht beeinträchtigen soll.*)

*) Auf die Streitfrage, ob solche landesrechtliche Polizeigesetze überhaupt gültig sind, braucht hier nicht eingegangen zu werden, vgl. hierüber Dernburg B. G. B. Auflage 1906, Bd. II, 2 der Schuldverhältnisse S. 173/4.

Wenn der Gesetzgeber jedoch die K. V. trotz E. bestraft, so erklärt er damit zugleich auch die E. für zivilrechtlich nichtig — so will es die ratio legis, da in einem so wichtigen Punkte kein Unterschied zwischen dem Zivilrecht und Strafrecht bestehen kann.

Auch folgender Gesichtspunkt trifft nicht zu: die Widerrechtlichkeit der K. V. im Zk. ist (sowohl für die zivilrechtliche als auch für die strafrechtliche Betrachtung) ohne Rücksicht auf die Frage, ob sonst d. h. ausserhalb des Zk. die K. V., die mit E. begangen, widerrechtlich ist, aus dem Grunde vorhanden, weil die Möglichkeit, im Zk. sogar das Leben zu verlieren, das öffentliche Interesse verletzt und eben nur diese Möglichkeit, diese Gefahr fürs Leben den Strafgesetzgeber veranlasst hat, den Zk. auf beiden Seiten auch dann zu bestrafen, wenn bloss K. V. aus ihm resultieren; man müsse daraus schliessen, dass der Strafgesetzgeber die Gefährdung des Lebens beider Duellanten, nicht dagegen die mit E. beigebrachte K. V. als solche durch seine Strafsanktion habe treffen wollen, deshalb ahnde er auch bei demjenigen, der im Kampfe unterlegen ist, die E. in denselben.

Nimmt man dies an, so kann man aber jedenfalls nicht für das Zivilrecht anders entscheiden und im letzteren bei K V. im Zk. Schadensersatzansprüche zusprechen, wenn ausserhalb des Zk. K. V. mit E. vorkommen, dann nicht. Für das Zivilrecht kommt es m. E. doch nur auf die objektive Tatsache an, dass in beiden Fällen eine K. V. mit E. stattgefunden hatte!

### 5. Die Haftung für K. V. und Tötung im Zk. kann allein aus B. G. B. § 826 konstruiert werden.

Der m. E. richtige Gesichtspunkt ist der folgende:

Da das Zivilrecht (B. G. B.) im § 823, I über die Frage, ob die E. in die K V. usw. die Rechtswidrigkeit dieser aufhebt oder nicht, ebenfalls schweigt, — nur für den Fall des § 216 St. G B. ist die Rechtswidrigkeit der Handlung, mögen die Motive des die Tötung Vollziehenden noch so edel gewesen sein, auch für das Zivilrecht als gegeben zu betrachten — so kann die Haftbarkeit aus der K. V. im Zk. nur darin gesucht werden, ob die im Zk. erfolgten K. V.

als vorsätzliches Handeln gegen die guten Sitten im Sinne 826 aufzufassen sind.

Der genannte Paragraph gibt als subsidiäre Bestimmung dem Richter die Handhabe, falls das Gesetz (im § 823, I B. G. B.) nicht positiv die Rechtswidrigkeit der K. V. mit E. bejaht oder verneint, die Frage der Haftbarkeit aus solchen Körperverletzungen nach demjenigen zu lösen, was mit Rücksicht auf die bestehende Zksitte als Recht oder Unrecht empfunden wird. Dieser gesetzliche Hinweis auf das, was in gewissen Kreisen als sittliches oder unsittliches Verhalten gilt, gibt uns die Möglichkeit, bei Tötung und K. V. im Zk. einen gesellschaftlich sanktionierten Schuldbegriff zu verwerten, derart, dass in dem einen Falle des Zk. eine Haftung des Siegers stattfinden muss, in dem anderen Falle dagegen nicht; über diese Differenziierung des Verschuldens vgl. die folgenden Ausführungen unter II.

Ob in den Fällen, in denen unseren späteren Erörterungen unter II gemäss ein unsittliches Verhalten eines der Duellanten anzunehmen ist, zugleich dann ein rechtswidriges Handeln im Sinne 823, I gegeben ist, ist wohl entsprechend der gemeinen Lehre zu bejahen und zwar m. E. aus folgendem Grunde:

Die unsittliche Handlung (§ 826 B. G. B.) wird vom Gesetze direkt als Verletzung von Rechten des Nebenmenschen aufgefasst; dies ergibt der Zusammenhang des geltenden Rechtes. Zwar ist nicht zu leugnen, dass es nach B. G. B. Handlungen gibt, die, obschon sie zu Schadensersatz verpflichten, doch nicht rechtswidrig sind, so die Fälle des § 228 und des § 904 B. G. B; im Falle des § 228 allerdings tritt die Schadensersatzpflicht überhaupt nur dann ein, wenn ein Verschulden des Handelnden vorausging. Aber auch im letzteren Fall ist die Handlung, die im Notstande vorgenommen, nicht rechtswidrig. (Letzteres wird, indes ganz zu Unrecht, von v. Liszt bestritten, vgl. Lehrbuch des Strafrechts 16. und 17. Auflage S. 149, Anm. 3

: denn wenn das B. G. B im § 228 den gegebenenfalls auch verschuldeten Notstand für nicht widerrechtlich erklärt, so kann dieselbe Notstandshandlung auch im Strafrecht nicht als widerrechtlich gelten; denn in einem solchen Punkte kann keine Divergenz

zwischen Zivilrecht und Strafrecht bestehen, vielmehr muss, was in dem einen Falle zivilrechtlich als erlaubt gilt, auch strafrechtlich gestattet sein).

Lässt sich aber daraus, dass die ebenbezeichneten Handlungen zu Schadensersatz verpflichten, ohne widerrechtlich zu sein, schliessen, dass auch die unsittlichen Handlungen (im Sinne des § 826 B. G. B.), obschon auch sie zu Schadensersatz verpflichten, doch nicht widerrechtlich sind? Mit nichten! Die erwähnten Fälle (228, 904 B. G. B.) lassen sich m. E. gar nicht vergleichen mit den unsittlichen Handlungen des 826 B. G. B.; denn die ersteren enthalten kein unsittliches Handeln. Während es sich bei ersteren um Handlungen handelt, die dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, die dieser billigt und bei denen er nur — was aber ganz nebensächlich ist — aus Billigkeitsgründen eine Ausgleichung des Schadens anordnet, stehen im 826 Handlungen gerade entgegengesetzter Art in Frage, die wir in ihrem ganzen Umfange als widerrechtlich bezeichnen müssen und zwar aus folgendem Grunde:

Es wäre an sich eine Gesetzgebung denkbar, die sich in Gegensatz zu den »guten Sitten« und der »Sittlichkeit« stellt; dann müsste doch das Gesetz allein gelten dürfen trotz Sittlichkeit und Sitte, so z. B. wenn das Gesetz positiv in 823 B. G. B. der mit E. beigebrachten K. V. die Widerrechtlichkeit absprechen würde. Solange aber dies nicht geschehen ist, solange das Gesetz in §§ 823, I und 826 implicite die Erklärung abgibt, dass es sich nicht imstande fühlt, die Frage, wann eine mit E. beigebrachte K. V. widerrechtlich ist oder nicht, zu regeln und dass die richtige Entscheidung hierüber nur darin gefunden werden soll, ob die Handlung sittlich oder unsittlich ist, solange trägt ipso iure die unsittliche Handlung den Charakter der Widerrechtlichkeit an sich, so lange ist die Moral hier ohne weiteres Recht geworden.

Im Nachtrag möge hier noch bemerkt werden, dass, auch wenn die K. V. mit E. nach ausdrücklicher Bestimmung straflos wären, damit für das Zivilrecht die Berufung auf § 826 B. G. B. nicht ohne weiteres ausgeschlossen wäre; denn das Zivilrecht kann seiner Natur nach in der Anerkennung der E. als eines Grundes für den Ausschluss der Widerrechtlichkeit hinter dem Strafrecht zurückbleiben (weitergehen kann es allerdings nicht).

Zum Schlusse soll noch darauf hingewiesen werden, dass dann, wenn aus den kommenden Ausführungen (unter II) zu schliessen ist, dass unter Umständen eine Tötung im Zk. als nicht unsittlich angesehen werden darf und deshalb etwa eine Schadensersatzpflicht des Siegers nicht gegeben ist, dies nicht im Widerspruch steht mit dem obigen Grundsatze, dass das Zivilrecht in der Anerkennung der E. als Grund des Ausschlusses der Widerrechtlichkeit nicht weiter gehen kann als das Strafrecht. Wenn wir, obschon das Strafrecht bei dem Delikte des § 216 St. G. B. die Einwilligung als irrelevant in diesem Sinne betrachtet, dieser E. **im Zk.** für das Zivilrecht (Schadensersatzpflicht) rechtliche Bedeutung beimessen — und somit gegen den genannten Grundsatz zu verstossen »scheinen« — der Grundsatz wird aber aufrecht erhalten, so dass, auch wenn die Absichten des Delinquenten im Falle 216 St. G. B. noch so edle gewesen sein mögen, doch seine Haftung für den Schadensersatz unberührt bleibt —, so geschieht dies **nur,** weil gegebenenfalls im Zk. noch ganz andere Momente mitsprechen können und müssen als die Zkhandlung selbst. Von diesen besonderen Umständen, die möglicherweise dem Zk. vorangehen können, soll nun im folgenden die Rede sein.*)

## II. Das Verschulden der Duellanten (B. G. B. 254).

Die allgemeine Voraussetzung für eine Schadenshaftung ist das Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Täters. Möglich ist aber, dass eine Culpacompensation Platz greifen muss. § 254 lautet:

»Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen,

*) Durch unsere Ausführungen unter I 5 erscheinen die früheren strafrechtlichen Erörterungen unter I 2 dieser Arbeit als für die zivilrechtliche Frage (Schadensersatzpflicht) ohne Belang. Dies wird zugegeben; indes erschien es dem Verfasser trotzdem, als ob die Erörterung darüber, ob K. V., die mit E. beigebracht, strafbar sind, auch in diesem Zusammenhange einiges Interesse beanspruchen durfte.

insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.«

§ 254 enthält zwei verschiedene Begriffe

1.) die sog. Unterbrechung des Causalzusammenhanges,

2.) die sog. Culpacompensation.

Wann die erstere vorliegt, ist zu beurteilen nach dem vorwiegenden Verursachen; das Gesetz stellt es (nach Örtmann a. a. O. ad 254) auf die »wirksamste Bedingung« Birkmeyers ab;*) es entscheidet damit diese Frage einerseits gegen die im Zivilrecht herrschende — allerdings mühsam nach Formulierung ringende — Theorie von der adäquaten Verursachung, andererseits gegen die im Strafrecht tonangebende v. Liszt'sche Bedingungstheorie. Die Birkmeyersche Theorie ist zweifellos inkonsequent, »unphilosophisch«, doch lassen sich im Zivilrecht die schlimmsten Folgen aus dieser Inkonsequenz gerade dadurch beseitigen, dass dem Zivilrichter durch § 254 die Möglichkeit des Abwägens nicht allein nach der Verursachung, sondern auch nach der Verschuldung hin gegeben ist — alles ex aequo bono. Auf den Streit, welche Theorie die bessere ist, einzugehen, wäre hier deshalb ein doppelt unfruchtbares Beginnen. Wo freilich ausserhalb § 254 ein konkurrierendes Verschulden des Beschädigten nicht Platz greift, wird es von Bedeutung, welcher Theorie man sich anschliesst.

Bei dem Zk. ohne Veranlassung ist zwar ein Verschulden des Verletzten, nämlich das Antreten, vorhanden, jedoch kein vorwiegendes Verursachen durch ihn als vorhanden anzusehen. Wenn auch der Verletzte zum Zk. »angetreten« war, so ist dies zwar als eine gewisse Mitwirkung zum Verursachen aufzufassen, die vorwiegende Verursachung dagegen liegt m. E. auf seiten dessen, der den entscheidenden Stoss geführt hat.

Dies ist zu betonen gegen Zittelmann, der a. a. O. auf S. 64, und gegen Ganzhorn, der a. a. O. auf S. 24 behauptet, dass das

---

*) Die wirksamste Bedingung ist aber die letzte Bedingung, vgl. die Ausführungen in v. Liszt's Lehrbuch a. a. O. S. 130 Nr. 3, der anzuerkennen scheint, dass die Theorie von der „letzten Bedingung“ für das Zivilrecht ziemlich befriedigende Ergebnisse zu zeitigen vermag.

gegenseitige Gegenübertreten zum Zk. das allein massgebende »Verursachen« ist, dass demnach den Verletzten durch das Antreten schon ein gleich grosses Verschulden im Sinne 254 trifft wie den Verletzenden. Auch v. Weinrich a. a. O. S. 91 teilt diese unrichtige Auffassung, allerdings ohne auch nur den Versuch zu machen, sie zu begründen.

Die an den Anfang dieser Seite gestellte Ansicht widerspricht nicht den Ausführungen auf S. 27. Aber auch die Erörterungen auf S. 21 sind damit ganz vereinbar. Auf S. 21 sprachen wir davon, dass das Antreten ein gleich grosses »Verschulden« für beide bedeutet. Dies wird auch hier noch aufrecht erhalten: es wird nur behauptet, dass die Hauptverursachung, die »vorwiegende Verursachung« im Sinne § 254, auf seiten des Siegers liegt, wenn auch, so namentlich beim Zk. ohne Veranlassung, die »Schuld« auf beiden Seiten die gleiche ist.

Auch Seydels Erörterung auf S. 29 a. a. O. ist abzuweisen, da sie zu weit geht, er sagt:

»reicht der Umstand, dass der Verletzte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, zur Feststellung eines Verschuldens im Sinne 254 aus, so wird man nicht anstehen, auch die Gestattung der schädigenden Handlung als Verschulden anzusehen. Es wird dann die Schadensersatzpflicht regelmässig ausgeschlossen sein, weil der Beschädigte seinen eigenen Verlust nicht hat abwenden wollen.«

Dem ist zu entgegnen, dass die Gestattung doch nie ein gleichgrosses »Verursachen« bedeuten kann wie die körperliche Handlung des Zustossenden. Wollte man der letzteren die psychische Innervation im allgemeinen gleichsetzen, so würde die Rechtsprechung auf bedenkliche Irrwege geraten.*) Wir sind hiermit nämlich auf die Frage nach der »Willensfreiheit« gestossen, doch können wir sie mit dem einfachen Hinweis auf das Rechtsbewusstsein des Volkes abtun, das von solcher — venia sit verbo — perverser Gedanken-

*) Es liesse sich dann ja letzten Endes — nach Seydel — nicht einmal im Falle der Tötung unter den im § 216 St. G. B. bezeichneten Umständen eine Haftung des Delinquenten für Schadensersatz begründen, B. G. B. 846 und 254.

arbeit noch nicht angekränkelt ist. Dieses Rechtsbewusstsein aber, das die Grundlage des § 254 bildet, verlangt, dass der Sieger im Zk. als derjenige zu gelten hat, der das grösste Mass antisozialer Gesinnung besitzt.

Der Sieger im Pistolenduell hat eben, wenn auch das »Verschulden« (das Antreten) gleich gross ist, mehr den Erfolg »verursacht« (im Sinne 254) als der Besiegte. Der Sieger im Säbelduell hat durch Anwendung grösserer Geschicklichkeit den Erfolg gar »verschuldet«.*)

Wir gingen zu Anfang dieses Abschnittes II bis hierher davon aus, dass der Zk. ohne Veranlassung stattgefunden hatte und sind zu dem Ergebnis gelangt, dass solchenfalls ein »vorwiegendes Verursachen« und das halbe »Verschulden« auf seiten des Täters gegeben, dagegen gar kein »Verursachen« (im Sinne 254) auf seiten des Verletzten anzunehmen ist, wenn auch den letzteren das andere halbe »Verschulden« trifft.

§ 254 B. G. B. hat nun eine besondere Bedeutung dann, wenn auf der Seite des Verletzten (resp. Getöteten) ein »hauptsächliches« und »überwiegendes Verschulden« gegeben ist; das Verschulden in diesem Sinne liegt aber unserer Ansicht nach noch nicht in der E. in die eventuelle K. V. oder Tötung und noch nicht in dem Antreten zum Zk.

Die Culpacompensation kann hiergegen in Frage kommen beim Zk. wegen schwerer Ehrverletzung, falls der Getötete (Verletzte) der Beleidiger war. Letzterer hat selbstverständlich seinen Tod nicht

*) Die „Verursachung„ ist, dem Sinne des § 254 entsprechend, dem Täter auch dann zur Last zu legen, wenn die Tat gewissermassen (§ 206 St. G. B.) bloss als Erfolgsdelikt geahndet wird. B. G. B § 254 ist dazu da, um für den Fall, wo das „Verschulden" im allgemeinen gleich gross ist, eine Billigkeitshaftung demjenigen aufzubürden, der den entscheidenden Stoss geführt hat. Diese Regelung erscheint auch rechtspolitisch geboten; sie allein entspricht der Rechtsüberzeugung, die dem Volke innewohnt: derjenige, der getroffen hat, hat sich verwerflich benommen, er hätte besser getan, auch im letzten Momente sich nicht zur Wehr zu setzen und eher sich selbst dem gegnerischen Hiebe preiszugeben, als durch seinen Angriff dem anderen die schweren K. V. zuzufügen.

vorwiegend verursacht durch das Antreten, objektiv kausal (so Örtmann und wir gegen Ganzhorn und Seydel und Zittelmann), »vorwiegend verursacht« wurde der Tod oder die K. V. von dem, der die eigentliche Tötungs- oder Verletzungshandlung vorgenommen hat, — und doch können die Umstände so liegen, dass der Vorwurf eines ganz »überwiegenden Verschuldens« den Getöteten (Verletzten) selbst trifft.

»Das eigene Verschulden des Verletzten ist also nicht identisch mit der vorwiegenden Verursachung; vielmehr erscheint letztere als ein zwar besonders wichtiger, aber keineswegs allein möglicher Fall des mitwirkenden Verschuldens. Dieses kann auch, davon abgesehen, zu einer Ausschliessung oder Minderung des Ersatzanspruches führen, soweit die Umstände, auf die das Gesetz abgestellt wissen will, es erfordern.» (so Örtmann a. a. O. ad 254).

»Es ist zu beachten, dass die Worte »bei der Entstehung des Schadens« in den §§ 254 und 846 im liberalen Sinne zu verstehen sind; dass gerade bei der unmittelbaren körperlichen Aktion der Verletzte mitgewirkt habe, ist nicht zu erfordern. Auch wenn er sie seinerseits durch Reizung, Angriff lediglich provoziert, hat er »bei der Entstehung des Schadens« mitgewirkt. Die abweichende Meinung der Motive S. 772/3 ist gegenüber dem Wortlaute des jetzigen Textes unhaltbar; sie beruht auf einer den erweislichen Zwecken des Gesetzes nicht Rechnung tragenden Wortauslegung.» (so Örtmann a. a. O. ad 846).

Es wird nun allerdings Sache des freien Ermessens des Zivilrichters bleiben müssen, wann er eine Ehrverletzung als so bedeutend beurteilt, dass sie die eventuelle Tötung oder schwere K. V. des Beleidigers im Zk. »erlaubt«. Der Zivilrichter braucht jedenfalls nicht jede geringfügige Inkonvenienz als hinreichenden Grund anzunehmen, auch wenn sie schon die Veranlassung zum Zk. in gewissen Klassen bilden sollte. Denn sonst könnte man unsere berechtigte Unterscheidung in Zke. wegen schwerer Kränkung und in solche ohne Veranlassung umgehen, indem man einen fiktiven Grund schafft, der ein angebliches Verschulden des Getöteten (Verletzten) darstellen soll.

Eine schwere Kränkung bildet z. B der Ehebruch, den man mit der Frau des anderen begeht.

Wenn demnach A die Frau des B verführt und B den A dann im Duell erschiesst, so wird er dessen Kindern nicht nach 844 auf Schadensersatz haften, ebenso haftet er nicht nach 843, wenn er seinen Gegner dabei zum erwerbsunfähigen Krüppel macht. —

Hat aber der Beleidigte den Beleidiger im Zk. getötet oder schwer verletzt und ist nachgewiesen, dass diese Tötung oder schwere K. V. nur dadurch möglich war, dass der Beleidigte die Regeln des Zk. überschritten hat — (die des Zk. mit tötlichen Waffen vorsätzlich, die des Zk. mit nichttötlichen Waffen vorsätzlich oder aber auch nur fahrlässig) , so ist das Verschulden des Beleidigten das grössere; denn zu einem solchen Zke. hatte sich der Beleidiger nicht stellen wollen und war er auch nicht nach der Sitte verpflichtet, sich zu stellen.

Ist dagegen im Zk. diejenige Partei unterlegen, die schwer beleidigt worden war, so ist die andere, die zugestossen hat, schadensersatzpflichtig (ebenso dann, wenn der Zk. ohne Veranlassung stattgefunden hatte).

Der Verfasser legt hiernach Wert auf die sozialen Anschauungen über den Ehrenpunkt. Es wird der Auffassung des Verfassers — von einer anderen Seite — folgender Vorwurf gemacht:

wenn der in seiner Ehre Verletzte das Gericht nicht anrufen wollte vor dem Zk., weshalb sucht er es nachher auf, nachdem er eine Verstümmelung davongetragen hat! Der Beleidigte geht in den Zk. in der Hoffnung, den Beleidiger zu züchtigen; er weiss aber, dass, wenn diese seine Erwartung sich nicht verwirklicht, er vielmehr mit einer Verletzung aus dem Zk. geht, ihm und seinen Angehörigen dann immer noch ein Schadensersatzanspruch zustehen wird; dies Verlangen sei aber unbillig, da man durch das Antreten gewissermassen auf jegliche obrigkeitliche Hülfe für die betreffende Ehrensache verzichten wollte.

Dem kann eben nur entgegengehalten werden, dass allgemein in den betreffenden Kreisen dem Beleidiger das grösste Verschulden beigemessen wird. Der Beleidiger konnte und musste voraussehen, dass seine Handlungsweise den anderen nötigen würde, ihn zu fordern, eventuell gar bei Verlust seiner Stellung. Das, was nunmehr (nachdem der Stein ins Rollen gebracht war), folgt, hat der Beleidiger allein sich zuzuschreiben, sei es, dass er Sieger oder Be-

siegter wird. Er hat nach geschehener Beleidigung, falls er Duellgefahr und dem Zivilersatz aus dem Zk. entgehen will, den Zk. nicht anzunehmen (und z. B. aus der Armee auszutreten), — oder er muss im Duell darnach trachten, zu unterliegen, da er den Beleidigten nicht noch ein zweites Mal schädigen darf.

Diese Konstruierung eines Verschuldens wird man mit Rücksicht auf den sozialen Zwang, der für den Beleidigten geschaffen wurde, billigen müssen; sie rechtfertigt sich aus folgenden Erwägungen:

Es besteht in gewissen Kreisen eine ungeschriebene Gesetzesbestimmung, dass eine schwere Ehrverletzung mit der Waffe geahndet werden muss d. h., dass auf eine schwere Beleidigung eine Lebens- oder Leibesstrafe gesetzt ist, die absolut verwirkt ist. Der Beleidigte hat zwar durch seinen Eintritt bezw. Zugehörigkeit zu diesen Kreisen das Risiko übernommen, im gegebenen Falle abgestochen zu werden; unterliegt er aber tatsächlich, so ist es nicht seine Schuld; Schuld trägt allein der Beleidiger, der die durch die getane Beleidigung absolut verwirkte Todes- oder Leibesstrafe nicht hatte erdulden wollen, sondern durch seine Gegenwehr in Zk. den Beleidigten verletzt hat. Dieser Gewohnheit haben wir nun Gesetzeskraft in den betreffenden Kreisen zuzuschreiben d. h. es ist gewohnheitsrechtlich bestimmt, wer beim Zk. das »Verschulden« trägt, das die »vorwiegende Verursachung« des Zuschlagens noch überbietet, und es tritt beim Ehrenzk. trotz § 216 St. G. B. keine Ersatzpflicht des siegenden Beleidigten ein, auch wenn der Beleidiger sich absichtlich hatte »abstechen« lassen und der andere dies erkennen musste.

## III. Umfang der Schadensersatzverpflichtung und Haftung der Duellanten.

Das Ergebnis unserer bisherigen Erörterungen ist dies:

Den Verletzten (Getöteten) trifft beim Zk. ohne Veranlassung ein geringerer Teil der Verantwortung im Sinne B. G. B. 254, ebenso ist es beim Zk. wegen Ehrverletzung, wenn der Verletzte (Getötete) der Beleidigte war; auch wenn der Beleidigte verletzt (oder getötet) hat, auch dann trifft ihn diese Verantwortung nicht.

Alle diejenigen, die im Sinne des obigen Satzes eine geringere

Verantwortung tragen, haben aus dem Zk. Ersatzansprüche gegen den Gegenkontrahenten. Ein vor dem Zk. erklärter Verzicht auf diese muss als unsittlich und daher als unwirksam betrachtet werden. Freilich werden in der Praxis die verwundeten Duellanten wohl selten von ihrem Rechte Gebrauch machen. Tun sie es jedoch, so gelten für sie die §§ 842/3 B. G. B.

Es gibt noch Ansprüche mittelbar Beteiligter. Zwar hat das B. G. B. nicht mehr in demselben Umfange wie der Entwurf es vorgesehen hatte, Ersatzansprüche mittelbar Verletzter anerkannt. »So kann in der Regel nur derjenige, dessen Person oder Vermögen durch die unerlaubte Handlung unmittelbar verletzt ist, Ersatz verlangen; daher ist z. B. auch wegen einer K. V. eines Schauspielers nur dieser, nicht der mittelbar geschädigte Theaterunternehmer ersatzberechtigt und wegen Tötung eines Versicherten steht der Versicherungsanstalt kein Anspruch zu« (so Enneccerus! Lehrbuch 1910, I, 2 ad 844 und 845).* M. E. kann jedoch der Geschädigte sich hier auf den § 826 berufen! So auch Dernburg B. G. B. II, 2. Aufl. 1906, S. 734. Eine Ausnahme aber bilden nach 844 und 845 die Ansprüche der Unterhalts- und Dienstberechtigten. Diese Ansprüche, die unten noch näher erläutert werden, haben nach 846 die Besonderheit, dass ihre Entstehung abhängig ist von dem Entstehen eines Anspruches des unmittelbar Verletzten: denn das Verschulden des Verletzten bewirkt, dass auch auf den Anspruch des Dritten die Vorschriften des § 254 Anwendung zu finden haben. Ist der Anspruch des Dritten einmal entstanden (dadurch, dass der des unmittelbar Verletzten einmal entstanden ist), dann ist er in seiner Fortexistenz unabhängig davon, ob der Anspruch des letzteren wegfällt z. B. dadurch, dass der unmittelbar Verletzte auf seinen Anspruch verzichtet (was er ja, wie im folgenden noch erörtert werden wird, kann, allerdings erst nach der Verletzung).

*) Anders allerdings muss m. E. die Sache liegen bei der „Feuerschadens"versicherung, wo dem Versicherer, der zahlen musste, nach 255 ein Recht auf Abtretung der Ansprüche des Entschädigten gegen den Brandstifter zusteht (sog. unechte Solidarobligation 426). Im Enneccerus'schen Beispiele handelt es sich eben um etwas ganz anderes als um „Schadens"versicherung, nämlich um „Summen"-versicherung.

Wenn die nach 844 und 845 Berechtigten in den Zk. eingewilligt und ausdrücklich vor dem Zk. auf alle Ersatzansprüche verzichtet hätten, so müsste auch dieser Verzicht als nichtig erachtet werden, da die psychologischen Wirkungen eines solchen Verlustes immer erst nach seinem Eintritte in vollem Umfange sich geltend machen können; es wäre m. E. deshalb auch auf diesen Verzicht § 138 B. G. B. anzuwenden.

Auch das R. G. vom 18. 5. 1903 Bd. 55 S. 24 kommt zu einer gleichen rechtlichen Beurteilung in Beziehung auf die §§ 844/5/6; es sagt:

»Der Ersatzanspruch des Dritten in den Fällen der §§ 844/5 ist keineswegs nur als ein unselbständiger, abgeleiteter Anspruch oder als blosser Reflex eines für den Verletzten begründeten Rechts anzusehen. Allerdings muss der Tatbestand der unerlaubten Handlung gegenüber dem unmittelbar Verletzten vorliegen und sind nach diesem Gesichtspunkte zunächst die Voraussetzungen einer Ersatzpflicht — Verschulden, Widerrechtlichkeit — zu beurteilen. Im übrigen jedoch sind die Schadensersatzansprüche der Dritten, mittelbar Verletzten, ihrem rechtlichen Charakter nach selbständige, in der Person dieser Geschädigten von vornherein entstandene, von dem Rechte des unmittelbar Verletzten unabhängige und seiner Verfügung entzogene Ansprüche.« § 846 denkt nicht an den möglichen Fall, dass den dritten Beschädigten ein eigenes Verschulden trifft, z. B. die Frau des im Duell Gefallenen hat dessen Gegner verführt; auch Cohn bei Gruchot 43 [401] erwähnt die Frage; nach Örtmann ist in solchen Fällen 254 direkt anzuwenden, nicht nur mittels Verweisung aus 846; denn es steht ein eigener Anspruch des Dritten aus seiner, wenn schon mittelbaren, Beschädigung in Frage und es ist nicht einzusehen, warum allgemein Eigenart und Beschränkungen der Ersatzansprüche auf diesen Fall unanwendbar sein sollten (so Örtmann a. a. O. ad 846); so auch R. G. in der oben erwähnten Entscheidung Bd. 55 S. 24 in längeren Ausführungen.

Eine wichtige Frage für den Zk. ist die, ob in den Fällen 844 und 845 eine Tötung im Sinne des B. G. B. auch dann anzunehmen ist, wenn strafrechtlich kein animus necandi, sondern bloss ein animus laedendi gegeben war.

Vgl. hierzu v. Liszt, Deliktsobligationen S. 28:

»Nur die schuldhafte Verletzung des Rechtes eines anderen begründet die Ersatzpflicht; die Schuld (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) muss sich auf die Verletzung des Rechts (genauer: den Erfolg der Handlung) beziehen, sie braucht sich aber nicht auf den durch diese verursachten Schaden zu beziehen; der 1. Entwurf hatte das ausdrücklich ausgesprochen; § 704, II sagte: Hat jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines anderen verletzt, so ist er den durch die Verletzung dem anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung des Schadens nicht voraussehbar war. Diese ausdrückliche Vorschrift ist im Gesetze gestrichen. Aber der durch sie ausgesprochene Satz versteht sich von selbst. Die Schadensersatzpflicht bei Tötung tritt nach der aufgestellten Regel*) nur dann ein, wenn die Schuld als Vorsatz oder Fahrlässigkeit den Eintritt des Todes mit umfasst hat. Daraus ergeben sich eigenartige Schwierigkeiten, zunächst für den Fall, den das St. G. B. in 226 behandelt, für die K. V. mit tötlichem Ausgange . . . . Die §§ 844 und 845 sind hier bei St G. B 226 nicht anwendbar, weil eine »Tötung« überhaupt nicht vorliegt. In allen den zahlreichen Fällen ferner, in denen nach dem St. G. B. der Eintritt des Todes strafschärfend wirkt, kann »Tötung« im Sinne des B. G. B. nur dann angenommen werden, wenn im einzelnen Falle der Tod vorausgesehen war oder voraussehbar gewesen ist. — Es ist sehr fraglich, ob dieses Ergebnis den Absichten des Gesetzgebers entspricht. Warum sollen die Ansprüche der Hinterbliebenen ausgeschlossen sein, wenn z. B. der Tod die unvorhersehbare Folge einer Freiheitsentziehung gewesen ist? Aber dem ganz klaren und bestimmten (sic. ?? Bemerkung des Verfassers) Wortlaute des Textes gegenüber wird die Ausschliessung dieser Ansprüche nicht abzulehnen sein. Das Gesetz verlangt vorsätzliche oder fahrlässige Tötung. Diese liegt nicht vor, wenn der Tod weder vorausgesehen noch voraussehbar gewesen ist. Auch

*) Vgl. den Anfang des Zitates aus v. Liszt, den der Verfasser auf S. 35 oben unterstrichen hat; — diesen Passus hat v. Liszt hier im Auge.

von Tötung im Raufhandel oder von Tötung im Zk. kann nicht gesprochen werden, wenn dieses subjektive Erfordernis gefehlt hat. Ganz dasselbe gilt von den K. V: auch hier muss dieselbe Schwierigkeit in derselben Weise entschieden werden.«

Gegen v. Liszt wendet sich Enneccerus a. a. O. ad 844:

«Tötung im Sinne des § 844 ist jede unerlaubte Handlung, die den Tod eines Menschen verursacht; denn die §§ 844 ff wollen nur die Person des Ersatzberechtigten und den Inhalt des Ersatzanspruches bestimmen, nicht aber angeben, wann überhaupt eine zum Ersatze verpflichtende Tatsache vorliege. Man kann daher das Wort »Tötung« nicht auf die vorsätzliche und fahrlässige Tötung des Strafrechts beschränken, vielmehr gehört auch die K. V. mit tötlichem Erfolge hierher.»

Gegen die abweichende Meinung v. Liszt's vgl. noch 451 III und 235 IV des Enneccerus'schen Lehrbuchs I, 2:

»Die Voraussehbarkeit des Schadens ist für den Causalzusammenhang nicht erforderlich; allerdings muss, wenn die Ersatzpflicht aus einer schuldhaften Handlung hergeleitet wird, der rechtswidrige erste Erfolg dieser Handlung voraussehbar gewesen sein; denn sonst liegt kein Verschulden vor; ist aber dies Erfordernis erfüllt, so kommt es auf die Voraussehbarkeit des daraus entstandenen Schadens nicht an.«

Zwar sagte der Entwurf II § 247:

Was ausserhalb des Bereiches der Wahrscheinlichkeit liegt oder des »Kennens« oder »Kennenmüssens« des Schuldners, soll bzgl. des Causalzusammenhanges nicht inbetracht kommen. Aber diese Bestimmung wurde vom Bundesrat mit Recht gestrichen.

Auch das R. G. hat sich in einer Entscheidung der C. S. vom 1. Juli 1907 (Bd. 66, S. 252) auf denselben Standpunkt gestellt; es verneint, dass zum Begriffe der Tötung im Sinne des § 844 B. G. B. erforderlich sei, dass der Ersatzpflichtige den tötlichen Erfolg der K. V. voraussehen konnte: vgl. die Begründung, die das R. G. a. a. O. gibt und die hier zu wiederholen zu zeitraubend wäre.

Staudinger, Lehrbuch 1908 ad 844 will es darauf abgestellt wissen, ob der nach der K. V. eingetretene Tod demjenigen, der verletzt hat, als Fahrlässigkeit ausgelegt werden darf und nur in

diesem Falle die Haftung nach §§ 844 und 845 eintreten lassen. Dagegen jedoch zutreffend, das im B. G. B. massgebende objektive Moment betonend, Örtmann a. a. O. ad 844.

Es ist demnach gegen v. Liszt a. a. O. für den Zk. festzuhalten, dass es nicht darauf ankommen kann, ob der das Schutzgesetz Verletzende bestimmte Folgen seines Verhaltens voraussehen musste, sondern nur darauf ist zu achten, ob er das Schutzgesetz schuldhafterweise übertreten hat. Es genügt demgemäss bei unseren Ersatzansprüchen aus Zk., dass das Verschulden sich auf die unerlaubte Handlung (leichte oder schwere K. V.) bezogen hat, es muss sich nicht auf ihre weitere Schadenswirkung bezogen haben, wenn nur die schwere Gesundheitsschädigung oder der Tod die objektive Folge der unerlaubten Handlung waren.

Was nun den Umfang der Ersatzansprüche anbetrifft,*) so gelten die allgemeinen Grundsätze (vgl. auch § 249, II) namentlich auch, was die Vorteilsausgleichung anbetrifft: haben die unterhaltsberechtigten Erben gar keinen Schaden erlitten, da das Einkommen des getöteten Vaters lediglich aus der Bewirtschaftung eines Gutes floss, wobei aber der Vater die Erträgnisse grösstenteils zu vergeuden pflegte, so kann 844 gar nicht zur Anwendung kommen; denn das Recht auf den Unterhalt ist zwar jetzt entzogen, aber der Unterhalt, der vom Vater, falls er noch lebte, geleistet worden wäre, wäre dann jedenfalls nicht höher als derjenige, der den Kindern aus den Einkünften ihres väterlichen Erbteiles fliesst, — und nur der Schaden soll doch ersetzt werden.

Zu bemerken ist, dass der § 823, I die allgemeine Bestimmung über die Schadensersatzpflicht aus Verletzung von Leib und Leben enthält, die durch die §§ 844/5 erläutert und eingeschränkt wird: denn der Ausdruck »dem anderen« im § 823, I kann sich doch nicht auf den Getöteten selbst beziehen, und zweitens wird nicht aller Schaden den aus dem § 844 Berechtigten ersetzt, sondern nur ein Teil, nämlich im § 844 bloss bis zur Höhe des nackten Unterhalts-

*) Auf den Seiten 37—41 dieser Arbeit ist hauptsächlich von den Commentaren von Örtmann 1906 und Staudinger 1908 ad 842 - 845 Gebrauch gemacht worden, auf die hiermit verwiesen sei.

anspruches — obschon ein darüber hinausgehender Schaden durchaus denkbar ist.

Im einzelnen:

Die ersatzpflichtige Person hat nach 842 der anderen den durch die »Entstellung» verursachten Schaden zu ersetzen z. B. im Fortkommen durch Kündigung durch den Dienstherren; denn jedenfalls bildet das Duell einen wichtigen Grund zur Kündigung.*) Auch § 617 ist zugunsten des Duellanten nicht anwendbar; denn man kann dem Dienstherren nicht zumuten, dass er die Anschauungen seiner Angestellten teile.

Der Verletzte muss, wenn er seine alte Tätigkeit infolge der Verletzung aufgeben musste, eine neue standesgemässe ergreifen, wenn er kann; dieser Lohn wird dann von der Ersatzsumme abgezogen.

§ 843 gibt im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit eine spezielle Art von Entschädigung (842 ist generell), eine Rente, die so wie die Leibrente in 760 behandelt wird. Ob und in welcher Art und für welchen Betrag der Ersatzpflichtige Sicherheit zu leisten hat, soll sich nach den Umständen richten, z. B. wenn er Ausländer ist; in solchen Fällen ist der Richter nicht gebunden an §§ 232 ff. Wenn nicht auf Leistung, sondern nur auf Feststellung der Ersatzpflicht geklagt wird, so kann überhaupt nicht eine Sicherheit verlangt werden, da der § 843 nur im Sinne einer Ausnahmeregel für die Fälle des Abs. I ein Recht auf sie hypothetisch gewährt. Statt der Rente kann der Verletzte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (z. B. schwankende Vermögensverhältnisse des Pflichtigen); ad Absatz 4: für den Anspruch macht es keinen Unterschied, ob die Unterhaltspflicht eines

*) Hier ist natürlich zu unterscheiden: wenn beim Zk. „ohne Veranlassung“ der Dienstherr kündigt, obschon keine K. V. des Dienstuntergebenen erfolgt war, weil er den Zk. überhaupt missbilligt, so haftet der Gegenkontrahent des Angestellten m. E. nicht für den aus der Kündigung dem Angestellten erwachsenen Schaden. Er würde jedoch haften, wenn es sich um einen „Ehrenzk.“ handeln würde, bei dem der Angestellte der Beleidigte war und zwar würde er (der Gegenkontrahent) hier auch dann haften, wenn der Angestellte gar nicht verletzt, ihm aber vom Prinzipal wegen prinzipieller Missbilligung auch des Ehrenzk. aufgekündigt war.

Dritten durch Gesetz wegen Verwandtschaft, Vertrag oder letztwillige Verfügung entstanden ist.

§ 844 gewährt denjenigen Ansprüche, denen gegenüber eine gesetzliche (also keine vertragsmässige oder freiwillig übernommene) Alimentationspflicht bestand. Die Ansprüche aus 844 fallen nicht in die Erbenmasse, d. h. sie bestehen auch für die Unterhaltsberechtigten, die die Erbschaft ausgeschlagen haben. Der Abs. I gibt dem Beerdigungspflichtigen Ansprüche wegen der Kosten der ihm obliegenden Beerdigung. Der Kreis der Pflichtigen bestimmt sich aus §§ 1968, 1580, III, 1615, II, 1713, II. Vornehmlich sind es die Erben des Getöteten, insbesondere die unterhaltspflichtigen, einschliesslich des unehelichen Erzeugers. Aber auch wer durch Vertrag dem nachher Getöteten die Übernahme der Beerdigung verspricht, gehört hierher (nach Örtmann a. a. O. ad 844).

Zu beachten ist, dass, falls ein Duellant bloss schwer verletzt wird und er an dieser schweren K. V. nicht stirbt, sondern noch weiter als Krüppel leben kann, nie Unterhaltsansprüche Dritter gegeben sind, sondern nur solche des schwer Verletzten für seine eigene Person; höchstenfalls findet zugunsten Dritter § 845 Anwendung, der jedoch keine »Unterhaltsansprüche« gewährt.

War der Getötete z. B. ein Student, noch nicht erwerbsfähig, hätte er aber vermutlich die Fähigkeit zur Unterhaltsgewährung an seine alten Eltern demnächst erlangt, so sind die letzteren unterhaltsberechtigt; denn der Grund der Pflicht ist auch hier schon vorhanden.

Abs. II S. 2 sagt: die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung erzeugt, aber noch nicht geboren war. Der Richter ist hier nicht gebunden an die Präsumptionen bezüglich der Erzeugung der §§ 1592 und 1717, IV, da in unserem Falle freie Beweiswürdigung herrscht nach C. P. O. 286.

Abs. II S. 2 gilt aber nicht zugunsten des vor dem Tode des Verletzten nach der Verletzung noch Erzeugten.

Wenn es heisst, »es muss infolge der Tötung das Recht auf den Unterhalt entzogen sein«, so erscheint der Wortlaut zweideutig (vgl. Örtmann Commentar 1906 ad 844). Muss der Dritte das Recht nur gegen den Getöteten verloren haben, oder wird erfordert, dass er nunmehr überhaupt keinen Unterhaltsanspruch mehr besitze? Die

erstere Auslegung ist allein richtig; dies folgt aus der Verweisung auf 843, IV. Der erwähnte Zusatz schränkt demnach lediglich den Ersatzanspruch ein gegenüber den Fällen, wo und soweit der Unterhaltsanspruch gegen die Erben des Pflichtigen geht, so nach 1712 im Prinzipe gegen die des unehelichen Erzeugers (so Örtmann a. a. O. ad 844).

Auch Staudinger a. a. O. ad 844 sagt dasselbe: Voraussetzung des Ersatzanspruchs ist, dass dem Dritten infolge der Tötung das Recht auf den Unterhalt entzogen ist. Diese Voraussetzung ist, wenn die Unterhaltspflicht des Getöteten auf dessen Erben übergeht (1582/1712), nur insoweit gegeben, als die Rechtsstellung des Unterhaltsberechtigten durch die dem Erben des Verpflichteten zustehende Befugnis zur Herabsetzung der Rente bez. Abfindung (1582, Abs. II, III, 1712, Abs. II) sich verschlechtert.

Man wird diesen beiden Autoren zustimmen müssen; denn es ist durch die Tötung dem Dritten natürlich immer das Recht auf den Unterhalt gegen den Vater selbst (faktisch) entzogen; es kann also obiger Satz nur bedeuten: dass das Recht auf den Unterhalt gegenüber einem Lebenden entzogen sein muss; sonst wäre der Satz unnützes Gerede.

»Die Z. P. O. erlaubt bei nachträglicher Änderung der Umstände eine nachträgliche Berücksichtigung dieser Sachlage. Die Wiederverheiratung der Witwe ist nicht ohne weiteres als eine solche Änderung anzusehen, kann aber natürlich diese Bedeutung erlangen. Dass hier, wie einige Autoren annehmen, die Anrechnung wegen des nach 844, II S. 1 am Ende entsprechend anzuwendenden 843, IV überhaupt ausgeschlossen sei, ist nicht anzunehmen; nach Abs. IV steht ein mindestens potentiell schon zur Zeit der K. V. begründeter Unterhaltsanspruch in Frage, während für die Witwe die Möglichkeit der Wiederverheiratung und damit die Gewinnung eines Anspruches gegen ihren zweiten Mann erst gerade durch den verletzenden Umstand (die Tötung) neu geschaffen wird. Darum ist Abs. IV für diese Frage entsprechender Anwendung nicht fähig, vielmehr greift der Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung durch, und es kommt nur darauf an, ob und inwieweit die Witwe wirklich vom zweiten Gatten unterhalten wird bzw. werden kann.« So Örtmann a. a. O. ad 844.

Der Anspruch auf die Rente ist für die Zeit gegeben, während der der Getötete mutmasslich gelebt haben würde (Verwertung der Mortalitätstabellen, wie sie namentlich die Versicherungsgesellschaften verwenden, ist nötig; es müssen alle erheblichen Umstände in der Person des Getöteten dabei berücksichtigt werden) und für die Zeit, während der er zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen wäre; für andere Personen als uneheliche Kinder sind die Bestimmungen der §§ 1601 ff, 1602/3,1610/1 inbetracht zu ziehen; etwa sich ergebenden Unbilligkeiten steuert die Möglichkeit späterer anderweiter Festsetzung. War der Unterhalt nur bei Bedürftigkeit zu leisten und fehlte diese anfangs, so wird der Ersatzanspruch wirksam, sobald die Bedürftigkeit eintritt; einstweilen ist aber Feststellungsklage zulässig (die ja nach B. G. B. auch die 3jährige Verjährungsfrist des 852 unterbricht (vgl. noch 218).

Die Höhe der Rente bestimmt sich nach den einschlägigen Sätzen über die Unterhaltspflicht; denn für deren Wegfall sollen ja die Betreffenden entschädigt werden. Im übrigen verweist der § 844 noch auf 843, II—IV.

Im Anschlusse an die Frage, ob die unehelichen Kinder Unterhaltsansprüche haben, bliebe noch zu erörtern, ob nach 844 eine Ersatzpflicht auch dann anzunehmen ist, wenn infolge der Tötung für den Dritten eine Pflicht zum Unterhalte aktuell wird, m. a. W., ob beispielsweise die Witwe des im Zk. Getöteten einen Ersatzanspruch dafür hat, dass nunmehr sie ihren Kindern unterhaltspflichtig wird.

Das R. G. vom 22. 10. 1906 Bd. 64 S. 344 verneint die Frage und zwar mit Recht; es stützt sich dabei auf den Wortlaut des § 844. Dieser schützt anscheinend nicht die unterhaltspflichtige Mutter als solche, sondern nur die dem (früheren) Manne gegenüber unterhaltsberechtigte (frühere) Ehefrau d. h. nunmehrige Witwe. Wenn die Witwe den Kindern als Mutter unterhaltspflichtig wird, so erhält sie hierfür keinen Ersatz.

Für die Praxis ist zu bemerken, dass dadurch, dass aus der secundären Unterhaltspflicht eine primäre wird, der Witwe direkt zwar kein Schaden erwachsen kann: denn den Kindern wird der ganze Unterhalt vom »Töter« so geleistet, wie er vom Vater hätte geleistet werden müssen. Würde bei Lebzeiten des Vaters dessen

Einkommen nicht genügt haben, so hätte die Mutter auch schon mitaushelfen müssen; wenn nun nach dem Tode des Vaters das väterliche Einkommen, — das nunmehr vom »Töter« gezahlt wird abzüglich dessen, was der Vater selbst gebraucht hätte, zum Unterhalte der Kinder nicht mehr ausreicht (z. B. die Ausbildungskosten für die Kinder werden grösser), und die Witwe deshalb beitragen muss, so trifft sie an sich eben keine härtere Verpflichtung: denn schon bei Lebzeiten ihres Gatten hätte sie solchenfalls diese ihre subsidiäre Unterhaltspflicht betätigen müssen.

M. E. liegt der Nachteil für die Mutter nur im folgenden: der »Töter« ist, wenn er z. B. Ausländer ist, verpflichtet, Sicherheit zu leisten für den Unterhaltsanspruch der Witwe als früherer Ehefrau und für den der Kinder. Wenn nun die Kinder von Anfang an keine Sicherheitsleistung beanspruchen würden, so kann doch ihre Mutter, die Witwe, nicht Sicherheit vom Ausländer für den Fall verlangen, dass sie eventuell als Mutter den Kindern den Unterhalt gewähren muss. Die Mutter ist also nie dagegen gesichert, dass die Kinder ihre Ansprüche auf Sicherheitsleistung wegen ihrer Unterhaltsansprüche nicht betreiben und dass sie infolgedessen eventuell nachträglich aus eigenen Mitteln den Unterhalt leisten muss, während es doch den Kindern möglich gewesen wäre, sie vor diesem Schaden zu schützen.

Was die Erleichterungen der Unterhaltspflicht anbetrifft, wie sie z. B. bestehen auch für den Vater nach 1603. II S. 3, so kommen diese demjenigen, der nach 844 zum Unterhalte verpflichtet ist, zugute; so ist wohl § 844. II S. 1 aufzufassen. Diese Behauptung ist wichtig bezüglich des § 1603, II S. 2, wonach der aus 844 Ersatzpflichtige von der Zahlung eines solchen Geldbetrages, der zum »standesgemässen« (nicht bloss notdürftigen!) Unterhalte des getöteten Vaters erfordert wäre, frei wird, wenn eine unterhaltspflichtige Mutter vorhanden ist. Die Mutter muss da eintreten, da sie auch bei Lebzeiten ihres Mannes in solchem Falle hätte eintreten müssen, z. B.:

Der Getötete hätte, wenn er nicht gestorben wäre, ein Totaleinkommen von 6000 M. bezogen; nun wären 3000 für s e i n e n standesgemässen Unterhalt zu berechnen, 3000 für die Kinder; wenn nun die letzteren 3000 mit der Zeit nicht mehr ausreichen für den standesgemässen Unterhalt der Kinder, so müsste die Mutter auch schon bei Lebzeiten des Vaters eintreten. Wenn nun auch der

»Töter« ein Totaleinkommen von 30 000 bezöge, so wäre er trotzdem nicht mehr als 3000 zu zahlen verpflichtet d. h. die Summe, zu der der Getötete während der mutmasslichen Dauer seines Lebens alljährlich verbunden war; der »Töter« soll eben nur den »Schaden« ersetzen müssen, er soll nicht mehr leisten müssen, als der Getötete zu leisten gehabt hätte. — Freilich, wenn der »Töter« ein Totaleinkommen von nur 4000 besitzt und der standesgemässe Unterhalt derjenigen, die er geschädigt hat, 3000 verschlingt, so muss er 2500 zahlen ohne Rücksicht darauf, ob er mit den übrigbleibenden 1500 ein standesgemässes Leben führen kann und ohne Rücksicht darauf, ob noch eine unterhaltspflichtige und zur Unterhaltsgewährung fähige Witwe des Getöteten vorhanden ist oder ob der Unterhalt der Kinder des Getöteten aus dem Stamme ihres Vermögens bestritten werden könnte; nur eines ist in diesen Fällen immer erfordert, nämlich dass, falls der getötete Vater leben würde, nach Abrechnung des zu seinem standesgemässen Leben erforderlichen Geldbetrages immer noch 3000 Mk. von den 6000 Mk. Einkommen für die Unterhaltsberechtigten übrig geblieben wären.

Wenn deshalb Örtmann a. a. O. und Staudinger a. a. O. 844 und 845 glauben, da diese Ansprüche aus den eben erwähnten Paragraphen Schadensersatz- und keine Unterhaltsansprüche seien, so könnten die Verhältnisse des Pflichtigen nicht und nie inbetracht kommen, so pflichte ich ihnen, wie aus obigem ersichtlich, voll und ganz bei und betone ebenfalls die Notwendigkeit der Unterscheidung der 2 Fragen, wie sie oben von mir gemacht wurde:

1. es ist zu prüfen, welche Summe der Getötete zu leisten hätte (diese Frage ist familienrechtlich, d. h. die Unterhaltspflicht Dritter z. B. der Mutter ist eventuell mitzuberücksichtigen).

2. es ist dann diese Summe vom »Töter« einzutreiben ohne Rücksichtnahme auf die Verhältnisse des letzteren.

Zu § 845 ist zu bemerken, dass Kinder und Ehefrauen gesetzlich zu Diensten im Hauswesen oder Gewerbe des Vaters resp. Ehemannes verpflichtet sein können.

Der § 847 entschädigt für seelische wie für körperliche Schmerzen; im Duell dagegen sind keinerlei solche Ansprüche gegeben mit Rücksicht auf die gesellschaftliche Stellung und die Anschauungen der Zkgegner.

Wenn im Zk., der ohne Veranlassung stattfindet, beide verletzt werden oder fallen, so tritt eine gegenseitige Ersatzpflicht der Täter oder deren Erben ein nach den §§ 842—846. Die Ansprüche der Dritten aus 844/5 sind auf Seiten des Schuldners vererblich. (Eine Ausnahme von der aktiven und passiven Vererblichkeit bildet nur 847*). Selbstverständlich kann keine Aufrechnung stattfinden B. G. B. § 393, sondern höchstens ein Zurückbehaltungsrecht, indem man wie Dernburg Obligationen des B. G. B. II 1. Band Aufl. 1905 S. 134 den Ausdruck »aus demselben rechtlichen Verhältnis« des § 273 dahin interpretiert, dass damit an ein »einheitliches Lebensverhältnis« gedacht sein soll.

Eine wichtige Frage ist ferner die, ob das mitwirkende Verschulden (im oben erörterten Sinne) des verletzten Duellanten Geschäftsfähigkeit oder bloss Deliktsfähigkeit erfordert. Mit letzterem Erfordernis begnügt sich mit Recht Gottschalk a. a. O. S. 40 und v. Liszt Deliktsobligationen S. 81. Dieser sagt a. a. O.: »schuldhafte Handlung bedeutet vorsätzliche oder fahrlässige Handlung des Handlungsfähigen. Die Handlungsfähigkeit aber wird wegen § 276 näher als Deliktsfähigkeit zu bezeichnen sein: § 276 verweist nämlich auf 827 und 828.«

Gottschalk sagt a. a. O.:

»Es ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde der Beschädigte, der sich einen Schaden zufügt und denselben von einem anderen ersetzt verlangt, nicht die für das Verschulden überhaupt erforderten Voraussetzungen haben soll. Es wird zugegeben, dass bei dem Verschulden des Beschädigten eine widerrechtliche Handlung nicht vorliegt; darum kann man aber doch nicht von dem Erfordernisse des Verschuldens überhaupt Abstand nehmen und den für ganz andere Verhältnisse verwendeten Begriff der Geschäftsfähigkeit hierher übertragen. Bedenkt man weiter, dass das eigene Verschulden zumeist ausser der Verletzung der eigenen Rechtssphäre auch die Verletzung der Rechte anderer involviert, so kommt man zu dem Ergebnis,

*) Soweit aus 847 mehr als der Vermögensschaden beansprucht werden soll, so vgl. Dernburg B. G. B. II, 1. Aufl. 1905 S. 338 unten und S. 339 oben.

dass das Verschulden des Beschädigten, wie überall das Verschulden, die Deliktsfähigkeit erfordert.«

Dem wird man gewiss beistimmen müssen: auch Zittelmann a. a. O. S. 65 Zeile 3 teilt diese Ansicht.

Die Autoren, die der E. eine Wirkung auf die Widerrechtlichkeit der K. V. prinzipiell zuerkennen, sind genötigt, die Frage zu erörtern, ob zur Erteilung einer gültigen E. Geschäftsfähigkeit erfordert ist oder nicht. Finger z. B. entscheidet sich in seinem Lehrbuche des Strafrechts 1904 S. 417 für das blosse Erfordernis der Deliktsfähigkeit. Er sagt a. a. O: »Man wird schliessen dürfen, dass das Strafgesetz jenem, dem es die Einsicht zuerkennt, die es erfordert, um die Bedeutung der gegen einen anderen begangenen strafbaren Handlung zu würdigen, diese Einsicht auch zuerkennt, wenn die Handlung gegen ihn geschieht.«

Dies ist vom Standpunkte derer aus, die die E. in K. V. als relevant betrachten, durchaus folgerichtig, für uns aber völlig unbrauchbar, da wir die E. in schwere und auch in leichte K. V. als unbeachtlich behandeln, wenigstens dem Prinzipe nach.

Vater und Vormund können daher, unserer Ansicht nach, wie nicht für ihre eigene Person, so auch nicht für die ihrer Gewalt Unterworfenen eine zivilrechtlich gültige E. erteilen; es hängt vielmehr die Gültigkeit der E. immer davon ab, ob dieselbe dem sozialen Pflichtbewusstsein entspricht.

Hier berühren wir notwendigerweise die Frage, die Zittelmann in seiner Abhandlung »der Ausschluss der Widerrechtlichkeit« ausführlich behandelt hat. Auf S. 99 ff a. a. O. trägt er inhaltlich folgendes vor:

Eine K. V., die bei vorangegangener E. auf seiten des Verletzten nicht als unsittlich und demgemäss nicht als widerrechtlich bezeichnet werden müsste, wird, wenn sie gegebenenfalls wegen Fehlens der E als widerrechtlich behandelt werden muss, nicht etwa dadurch rückwirkend rechtmässig, dass eine nachträgliche Zustimmung des Verletzten erfolgt. Die Handlung bleibt zivilrechtlich wie namentlich strafrechtlich widerrechtlich; nur dass man die zivilrechtlichen Folgen (Schadensersatzanspruch) durch einen Verzicht wieder beseitigen kann, während die strafrechtliche unverändert bleibt.

Wie ist nun zu urteilen, wenn der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen die K. V. dieses letzteren, die, wenn mit E. vorgenommen, an sich betrachtet, im gegebenen Falle gar nicht verwerflich wäre, von vornherein missbilligt hat?

Hierzu sagt zutreffend Zittelmann S. 109 a. a. O.:

»Auch in anderer Beziehung noch ist die Bedeutung des Willens des Geschäftsherren in der Geschäftsführungslehre Grundsätzen unterworfen ähnlich denen, die für den rechtsgeschäftlichen Willen des Auftraggebers gelten: ich erwähne nur, dass bei Geschäftsführung für eine unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehende Person der wirkliche oder mutmassliche Willen dieser Person nicht inbetracht kommt, wenn der wirkliche oder mutmassliche Wille des gesetzlichen Vertreters ein anderer ist. Auch dieser Satz hat seine Wichtigkeit für alle Ansprüche aus der Geschäftsführung, diesseits und jenseits; demnach würde auch ein Eingriff in das Eigentum oder den Körper einer minderjährigen Person, der mit dem Willen des Vaters oder Vormundes in Widerspruch steht, dadurch nicht aufhören, objektiv rechtswidrig zu sein, dass er dem Willen des Minderjährigen entspricht.«

Dies, auf den Zk. übertragen, bedeutet:

Weiss der eine Kontrahent bestimmt, dass der gesetzliche Vertreter des anderen den Zk., der zur Stählung des Mutes dient und der wenig gefährlich ist, missbilligt und formell verbietet, so handelt der erstere strafrechtlich wie zivilrechtlich widerrechtlich.

Richtig hebt Zittelmann ferner auf S. S. 113 a. a. O. ff hervor, dass im Falle einer Erkrankung eines Gewaltunterworfenen, wenn ärztliches Eingreifen unbedingt notwendig ist, dies Eingreifen nach § 679 nicht widerrechtlich, dagegen also namentlich keine Notwehr von seiten des Gewalthabers zulässig ist.

Sinngemäss schränkt indes auch er den ebenerwähnten § 679 dahin ein, dass eine Gefahr im Verzuge und damit eine Unaufschiebbarkeit des Eingreifens vorgelegen haben musste. — Man wird deshalb auch sagen dürfen, dass die Teilnahme an zur Stählung der Gesundheit und des Mutes dienenden Mensuren (bei denen es höchstens zu leichten K. V. kommt), nicht so sehr im öffentlichen Interesse liegt, dass es dem Gewalthaber nicht mehr gestattet sein sollte, ein Veto dagegen einzulegen, dass der Gewaltunterworfene sich an solchen

Übungen beteiligt; man wird vielmehr die auf umstehender Seite getroffene Entscheidung billigen, dass die leichte K. V. des Gewaltunterworfenen aus einem Zk., der ihm verboten war, als widerrechtlich zu gelten hat und diese objektive Widerrechtlichkeit auch subjektiv dem anderen Kontrahenten zur Last zu legen ist, falls er den widerstrebenden Willen des Gewalthabers kannte oder doch kennen musste.

Selbstredend kann auch in diesem Falle eine nachträgliche Genehmigung der Teilnahme an solchen Mensuren an der strafrechtlichen und der zivilrechtlichen Widerrechtlichkeit der K. V. nichts mehr ändern, vgl. Zittelmann a. a. O. S. 100 ff; ein Verzicht auf die Schadensersatzansprüche ist allerdings auch hier möglich.

Am Schlusse dieser Erörterungen über die speziellen Schadensersatzansprüche aus Zk. dürfte noch die Frage geprüft werden dürfen, ob beim Zk. wegen Ehrverletzung in dem Antreten zum Zke. ein Verzicht auf die Zivilansprüche aus der Ehrverletzung, die dem Beleidigten nach 824 und wohl auch schon nach 823, II zustehen, liegt.

M. E. sind diese Ansprüche durch das Antreten stillschweigend aufgegeben worden: der Zk. soll eine restlose Erledigung der Ehrensache bilden und zwar auch für den Fall, dass der Beleidigte unterliegt.

Diese Beurteilung, wonach wenigstens die Ansprüche auf Zivilersatz wegen »Ehrverletzung« durch den Zk. konsummiert werden, wird allein der ethischen Bedeutung (denn ein bischen Ethik ist sicher doch im Zk. enthalten) des durch die Sitte sanktionierten Duellwesens gerecht.

## IV. Haftung der Gehülfen und Aufsichtspersonen.

Die Haftung der Anstifter und Gehülfen ist geregelt in § 830; sie sollen Mittätern gleichstehen so, dass jeder für den Schaden voll verantwortlich ist; § 420 findet demnach keine Anwendung.

Der Begriff der Anstiftung und Beihülfe ist dem Strafrecht zu entnehmen. Höniger a. a. O. S. 224 führt folgendes aus zur Frage, ob auch Kartellträger, Sekundanten, sonstige Zeugen, Ärzte, Ehrengerichtsmitglieder dem Verletzten und seinen alimentationsberechtigten

Verwandten schadensersatzpflichtig sind. Sind die genannten Personen Anstifter oder Gehülfen des Zk? »Im strafrechtlich technischen Sinne sind sie es jedenfalls nicht, sagt Höniger. Das St. G. B. unterscheidet vielmehr. Für Kartellträger hat es einen eigenen Strafrahmen geschaffen (diese letzteren sind deshalb wohl Gehülfen). Ärzte, Sekundanten und sonstige Zeugen lässt es völlig straflos ausgehen und Ehrengerichtsmitglieder möchten nur dann strafbar erscheinen, wenn sie einen der Duellanten zum Zk. absichtlich, insbesondere durch Bezeigung oder Androhung von Verachtung angereizt hätten.

In ähnlicher Weise wird man zivilrechtlich zu verfahren haben. Ärzte, Sekundanten und sonstige Zeugen erscheinen überhaupt an dem Zustandekommen eines Zk. unbeteiligt. Man wird sie infolgedessen (falls nicht etwa ein Verschulden ihrerseits hinzugetreten ist, z. B. beim Arzte ein Kunstfehler) auch für die Folgen des Zk. nicht haftbar machen dürfen. Ehrengerichtsmitglieder sind zwar in jedem Falle am Zustandekommen des Zk beteiligt. Immerhin wird man sie, da es sich bei ihnen um eine im wesentlichen unparteiische, quasirichterliche Tätigkeit handelt, weder als Gehülfen noch als Anstifter zum Zk. erachten dürfen, es sei denn, dass sie wie oben bemerkt, nebenbei noch zum Zk. angereizt hätten«.

Der Verfasser kann diesen Ausführungen, was die Ärzte betrifft,*) nicht beipflichten, namentlich nicht in den Fällen, wo schwere K. V. vorauszusehen waren beim Zk. ohne Veranlassung. Er glaubt vielmehr, dass die Zuziehung eines Arztes häufig die condicio sine qua non bei dem Zke. ist. Deshalb sind für die Ärzte wohl am besten die Grundsätze massgebend, die für die Haftung der Kartellträger zu gelten haben.

*) Was die Sekundanten anbetrifft so ist wohl zu unterscheiden, ob sie nach Absicht der Beteiligten bloss als Gäste oder ob sie als „Solemnitäts"-Zeugen figurieren sollen; da das letztere meistens der Fall ist, so wird man auch ihre Eigenschaft als Gehülfe nicht in Abrede stellen können, selbst dann nicht, wenn sie am Zk. selbst mit Waffen sich nicht beteiligt haben. Wenn sie sich mit der Waffe am Zk. beteiligen, sind sie natürlich Gehülfen und zwar auch dann, wenn ihre Tätigkeit lediglich darin bestehen sollte, gefährliche Hiebe nach der linken Seite zu abzuwehren; dies ergibt sich aus der natürlichen Einheit der Handlung beim Zk.

Was nun diese anbetrifft, so fährt Höniger a. a. O. zutreffender, wie folgt, fort:

»Kartellträger sind jedenfalls Gehülfen des Zk. und dadurch mittelbar Gehülfen der verletzenden Handlung. Man wird mangels positiver gesetzlicher Vorschrift auch nicht die kriminalistische Unterscheidung gelten lassen dürfen, wonach Kartellträger, die ernstlich bemüht gewesen sind, den Zk. zu verhindern, von jeder Verantwortlichkeit frei sind; denn auch solche Kartellträger sind im Endresultate Gehülfen der verletzenden Handlung geworden. Kartellträger dürften mithin in allen Fällen als schadensersatzpflichtig zu erachten sein«. Dem ist beizustimmen; denn für die Frage, wann eine »Beihilfe« geleistet worden war, kann es nicht darauf ankommen, ob im gegebenen Falle die Handlung auch ohne die Beihilfe zustande gekommen wäre; es ist üblich, dass Zke. erst zustande kommen, wenn Kartellträger die Forderung überbracht haben; der Einwand, dass Zke doch auch möglich wären ohne vorangegangenes Kartellträgen, muss als verfehlt zurückgewiesen werden aus dem eben angegebenen Grunde (z. B. derjenige, der dem Diebe die Schlüssel zur Tür übergab, ist als Gehilfe zu bestrafen, auch wenn der Dieb durch das offene Fenster hätte einsteigen können, sofern nur der Dieb die Türe alsdann benützt hat).

Wenn nun Höniger weiterfortfährt:

»Immerhin wird man nach Lage der Umstände annehmen dürfen, dass der Verletzte seinem Kartellträger gegenüber auf seinen eigenen Ersatzanspruch verzichtet hat. Dieser Verzicht erstreckt sich indes nicht auf die Ansprüche der alimentationsberechtigten Verwandten, über die der Getötete aus eigenem Rechte gar nicht verfügen konnte«,

so bedürfen diese Sätze der Anpassung an die vom Verfasser betonte Unterscheidung zwischen dem Duell wegen Ehrverletzung und dem ohne Veranlassung. Bei letzterem erachtet der Verfasser den Verzicht auf den Ersatzanspruch, den der nachher Verletzte vor dem Zke. seinem Kartellträger gegenüber erklärt hat, für unsittlich; erst nach dem Zk. kann ein solcher Verzicht gültig erteilt werden.*)

*) § 426 ist so auszulegen, dass der Täter vom blossen Gehilfen keine Teilung der Haftung verlangen kann, falls er, der Täter,

Dass die Ansprüche der aus § 844 Berechtigten gegen die Kartellträger des einen wie des anderen beim Zk. ohne Veranlassung durch den Verzicht nicht berührt werden, darin ist Höniger natürlich beizustimmen.

Beim Zk. wegen Ehrverletzung gilt, wenn der Beleidiger unterliegt, folgendes: da den Beleidigten als den Haupttäter keine Ersatzpflicht trifft, so kann weder der Kartellträger des einen noch der des anderen als Gehülfe belangt werden; dies ergibt sich aus dem Grundgedanken des § 254, da die Hauptschuld den Beleidiger trifft; nach § 846 haben dann auch die in § 844 und 845 Genannten keine Unterhaltsansprüche gegen die Kartellträger beider Parteien.

Wenn nun der Beleidigte unterliegt, so sind der Beleidiger und dessen Kartellträger solidar verpflichtet; doch trifft den Kartellträger des Beleidigten keine Haftung, obschon auch er Gehülfe war. Allerdings tritt diese Vergünstigung nur ein im Verhältnis zum unterlegenen Beleidigten. Sie greift Platz, weil hier ein gültiger Verzicht auch vor dem Zk. möglich ist und als stillschweigend abgegeben angesehen werden muss: Wenn man in der Ehrverletzung ein solches Unrecht sieht, dass nur die Waffe diesen Makel soll entfernen können, so muss man, falls das Zivilrecht darauf Rücksicht nehmen zu dürfen glaubt (254), auch die Unterstützung dieser Ehrenrettung durch den Kartellträger des Beleidigten entschuldigen. — Die in 844 (und 845) Genannten erhalten jedoch ihren Unterhalts- (resp. Schadensersatz-) anspruch trotzdem gegen den Kartellträger des getöteten Beleidigten; denn die Anschauungen über die »Ehre«, die etwa der getötete Vater hatte, dürften wohl die Kinder und die Witwe nicht binden. Auch wenn dieser Kartellträger seinerseits erst durch die Bitten des Beleidigten und andererseits auch mit Rücksicht auf seine eigene soziale Stellung, und durch die letztere geradezu gezwungen, die

---

hatte zahlen müssen. Beim Zk. ohne Veranlassung ist der Kartellträger des im Zk. Getöteten als Gehülfe des siegreichen Gegners anzusehen; auch er ist deshalb den im § 844 Bezeichneten haftverstrickt; wird nun er nicht, sondern der „Töter" in Anspruch genommen, so hat der letztere keinen Anspruch auf Teilung der Haftung, wohl aber wäre es umgekehrt der Fall (nach 426, vgl. Dernburg, Obligat. II, 1. Auflage 1905 S. 428).

»Forderung überreicht« hat, so ist er damit doch nicht den im § 844 und 845 genannten Berechtigten gegenüber entschuldigt. Sollten diese Personen sich auf denselben Ehrenstandpunkt stellen wie der Getötete resp. (845) Verletzte, so sind sie ja immerhin frei, nachträglich auf ihre Ansprüche zu verzichten.

Die zur Zeit des Todes des Vaters bereits volljährigen Kinder und die Ehefrau, d. h. die nunmehrige Witwe können auf den Unterhaltsanspruch gegenüber dem Töter und dem Kartellträger sowohl des Töters als auch des Getöteten nach erfolgtem Zk. verzichten; dies ergibt sich daraus, dass der Unterhaltsanspruch aus 844 ein Schadensersatzanspruch und kein eigentlicher familienrechtlicher Unterhaltsanspruch ist (so nach Örtmann und Staudinger a. a. O. ad 844; für § 845 gilt dasselbe), so dass ein Verzicht auf denselben möglich ist (anders ist es ja nach § 1614, I).

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ist zum Verzichte erfordert nach 1822, Nr. 12 (?), falls es sich um Minderjährige handelt; das Gericht wird aber seine Zustimmung verweigern müssen, da ein solches Rechtsgeschäft immer den Interessen des Minderjährigen zuwider sein wird. Auch diese Minderjährigen können ja nachträglich den Kartellträger ihres Vaters schadlos halten.

Dass ein Verzicht auf die Unterhaltsansprüche resp. Entschädigungsrenten der §§ 844, resp. 843 und 845 überhaupt möglich ist, folgt daraus, dass sie Schadensersatzansprüche sind; dem widerspricht nicht, dass die Z. P. O. § 850 diese Ansprüche entweder nur teilweise (850, III) oder ganz (850, I Satz 2) von der Pfändbarkeit ausschliesst. Wenn es in Z. P. O. 851 heisst, dass Ansprüche, die nicht übertragbar sind, der Pfändung nicht unterworfen sind, wenn es im § 400 B. G. B. ferner heisst, dass die nicht pfändbaren Forderungen nicht übertragen werden können und ein Niessbrauch oder ein Pfandrecht an denselben (B. G. B. 1009, II und 1274, II) nicht möglich ist, so schliesst das immer noch nichtaus, dass trotzdem ein Verzicht auf solche Forderungen möglich ist. Nach Z. P. O. 850 III sind übrigens die Ansprüche aus B. G. B. 843 teilweise abtretbar u. s. w. (B. G. B. 400), nicht aber die Ansprüche aus B. G. B 844.

Es ist demnach zu betonen, dass die Sondervorschriften (§ 1614), die für den familienrechtlichen Unterhaltsanspruch gelten, insoweit

nicht anwendbar sind auf die Schadensersatzansprüche aus 844, d. h. die letzteren sind verzichtbar.

Die Haftung des Wirtes, d. h. desjenigen, der die Räumlichkeiten zum Zk. hergibt, wegen Beihülfe dürfte beim Zk. ohne Veranlassung immer gegeben sein (es sei denn natürlich, dass sich die Zkhandlung als eine ganz anders geartete darstellt, als der Beihülfe Leistende sich vorgestellt hat). Beim Zk. wegen Ehrverletzung haftet er dagegen nicht, da man ihm der Natur der Sache nach eine solche Haftung nicht zumuten kann.

Wenn im Zk. der eine Duellant wider die Regeln, die vereinbart waren, gegen den anderen zustossen will, so ist dagegen — auch auf seiten des Sekundanten — Notwehr erlaubt, um das »maius« d. h. den Tod oder die schwere K. V., deren Eintritt bei Beobachtung der Kampfregeln unmöglich wäre, zu verhindern: dies ergibt sich schon daraus, dass der Sekundant beim Zk. ohne Veranlassung Notwehr bereits gegen die im »regelrechten« Zke drohenden schweren K. V. ausüben dürfte.*) Wenn nun der Beleidigte einen »regelwidrigen« Angriff ausführt und der Sekundant des Beleidigers den ersteren in Notwehr für seine Partei gar tötet, so wird er dadurch nicht ersatzpflichtig.

Es ist auf den Seiten 50—51 dieser Arbeit immer die Rede gewesen von Kartellträgern der einen und der anderen Partei: wenn nun auch die Sitte in Ehrenhändeln nur Kartellträger einer Partei kennen sollte, so würde dies ebensowenig an unseren grundsätzlichen Ausführungen auf den ebenbezeichneten Seiten ändern können als der Umstand, dass es bei Zken. ohne Veranlassung keine Kartellträger geben dürfte: unsere Erörterungen bleiben immer noch brauchbar z. B. für die Beurteilung der Haftung der Ärzte.

Nach § 832 haften für die durch Minderjährige im Zk. erfolgten Schädigungen eventuell auch die mit deren Beaufsichtigung betrauten gesetzlichen Vertreter (1631 und 1800).

Der Vater und die Mutter (nicht aber der Vormund) erscheinen, nach den gesellschaftlichen Anschauungen, als berechtigt, dem Minderjährigen zu verbieten, in eine Mensuren schlagende Studentenverbindung einzutreten (so Höniger a. a. O.). Diese Frage geht zunächst bloss das Familienrecht an; wenn es aber bei Mensuren zu schweren K. V. kommt, der Vater den Eintritt in die Verbindung nicht verboten hatte, die schwere K. V. von vornherein auch nicht

ausgeschlossen war, dann hat es sich erwiesen, dass die generelle Erlaubnis, die er seinem Sohne erteilt hat, in eine solche Verbindung einzutreten, im gegebenen Falle zu einer zivilrechtlich widerrechtlichen Handlung (der K. V. des Gegners) geführt hat, d. h. zu einer K. V., die einer vernünftigen körperlichen Übung widerspricht. Es ist deshalb in allen Fällen, wo nach den von uns aufgestellten Regeln der Minderjährige haftet, — auch der noch nicht 18jährige Student haftet wohl nach 828, II S. 1 — eine Ersatzpflicht auch des gesetzlichen Vertreters nach 832 gegeben, falls er sich nicht überzeugt hatte, dass die Mensuren absolut ungefährlich sind, d. h. dass höchstens ganz minimale Verletzungen daraus resultieren können.

Wenn nach Höniger der Vormund und das Vormundschaftsgericht keinen Einfluss in diesem Punkte haben sollten (was uns bedenklich erscheint im Hinblick darauf, dass der Vormund dieselben Rechte und Pflichten hat wie der Vater 1627, 1793, 1800, 1631, II, Satz 1 und 2 und die Ausübung dieser Pflicht im öffentlichen Interesse liegt), so wäre von der Haftung dieser Organe nicht die Rede, es sei denn, dass die Mensur ausgesprochen zu schweren K. V. führen kann.

Wenn der gesetzliche Vertreter lediglich die Erlaubnis erteilt, Fechtstunden zu nehmen, so liegt hierin noch kein Mangel an Beaufsichtigung; es würde hier seine Haftung nur dann eintreten, wenn er weiss, dass der Gewaltunterworfene sich damit auf einen bestimmten »Zk. ohne Veranlassung« vorbereitet und er den Zk. nicht zu verhindern sucht z. B. durch Androhung der Entziehung aller Geldmittel oder Zuhilferufen der Polizei. Handelt es sich um einen Zk. wegen Ehrverletzung, so haftet er auch dann nicht; denn entweder ist der Gewaltunterworfene beleidigt und siegt (dann tritt aus naheliegenden Gründen keine Haftung der Aufsichtspflichtigen ein), oder er hat beleidigt und siegt, in welchem Falle man nach der Natur der Dinge den Aufsichtspflichtigen auch nicht haften lassen kann.

Die eventuelle Haftung des Vaters und Vormundes wegen Nichtbeaufsichtigung ist aber beim Zk. nur eine externe. Sie sind Gesamtschuldner zugleich mit dem Mündel (Sohne) § 832 § 828 § 840. Der letztere bestimmt, dass, entgegen der allgemeinen Regel des § 426, wonach eine Teilung der Haftung im internen Verhältnisse einzutreten hat, der zu Beaufsichtigende, falls auch er schuldig und

für den Schaden nach 828 verantwortlich ist, im internen Verhältnisse allein verpflichtet ist. Die § 1883 und 1664, die im allgemeinen im internen Verhältnis gegen die Aufsichtsperson herangezogen werden könnten — vgl. 1627, 1631 und 1800 sind deshalb hier wohl meistens unanwendbar, da gegen den minderjährigen Duellanten wohl immer § 828 anwendbar sein dürfte, d. h. da der Minderjährige wohl immer auch in eigener Person haften wird.

Man wird deshalb auch, dem Sinne der §§ 254, 1627/31, 1800, 840 entsprechend, — annehmen dürfen, dass ebenfalls dann keine Haftung des gesetzlichen Vertreters im internen Verhältnis eintreten darf, wenn der Gewaltunterworfene sei es im Zke. wegen Ehrverletzung, sei es in dem ohne Veranlassung unterlegen ist, sofern der letztere nur deliktsfähig war.

## V. Nebenfragen.

### 1. Prozessuales.

Bei der Durchführung der Ansprüche aus 844 und 845, 843 B. G. B. wird das Gericht oft vorab über den Grund ein Zwischenurteil fällen wollen. C. P. O. 304. Gehört nun zum Grunde des Anspruches die Frage, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist? Dies bejaht das R. G. Bd. 64 S. 344, doch wohl zu unrecht aus folgendem Grunde:

Die richtige Entscheidung, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist, würde ja schon eine eingehende Prüfung des Schadens voraussetzen, — was doch gerade durch das Zwischenurteil über den Grund vermieden werden sollte. Namentlich der praktische Fall, den das R. G. a. a. O. behandelt, zeigt dies m. E. ganz deutlich.

Hingegen ist es zutreffend, wenn man in dem Zwischenurteile über den Grund auch darüber entscheidet, ob eine Rente oder aus wichtigen Gründen eine Abfindung in Kapital zu gewähren ist, falls sich in dem Verfahren über die Höhe überhaupt ein Schaden nachweisen lassen wird.

Diejenige Partei, die, sich auf 843/4/5 stützend, Schaden einklagt, hat immer nur die Tatsache der im Zk. erfolgten K. V. zu

beweisen; zum Klagegrund gehört nicht die Tatsache, dass der Getötete (Verletzte) nicht beleidigt hat! Vielmehr hat die Gegenpartei eventuell als Einredetatsache (im zivilprozessualen Sinne) zu behaupten und zu beweisen, dass sie schwer beleidigt worden war.

Zu beachten sind ferner die »zivilrechtlichen« Bestimmungen, die ungenauerweise in der Z. P. O. 323/4 untergebracht worden sind; sie bezwecken, die unberechenbaren Schwankungen der Verhältnisse sowohl auf seiten des Verpflichteten als auch auf Seiten der Berechtigten zu regulieren.

Vgl. auch noch C. P. O. 850, I No. 2 und 850, III; diese §§ sprechen nur von der Unpfändbarkeit der Rente, nicht auch des eventuellen Kapitalanspruches; man wird aber analog auch auf den letzteren diese Unpfändbarkeit ausdehnen müssen.

Siehe ferner noch C. P. O. 708 über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Ansprüche aus 844 B. G. B.

## 2. Ansprüche der aus 843/4/5 Berechtigten gegen andere als die Delinquenten.

Es soll durch die § 843/4/5 den Geschädigten ein mindestens teilweiser Ersatz ihres »Schadens« zuteil werden. Wenn das schädigende Ereignis zugleich als gewinnbringend sich erweist, so hat die Vorteilsausgleichung Platz zu greifen, da nicht mehr als der wirkliche Schaden ersetzt zu werden braucht. Soll die Vorteilsausgleichung Platz greifen müssen, so ist erfordert, dass sowohl der Schaden als der Vorteil durch die zum Ersatze verpflichtende Tatsache verursacht wurde. Ist aber der Vorteil durch eine andere als die zum Ersatze verpflichtende Tatsache verursacht, so ist sie ausgeschlossen.

»Auf den Entschädigungsanspruch eines Verletzten oder der Witwe eines Getöteten sind die infolge der Verletzung oder Tötung entstehenden gesetzlichen Pensions- oder Witwengelderansprüche anzurechnen, da sie als rechtliche Folgen der Verletzung oder Tötung erscheinen, nicht aber die auf einem Versicherungsvertrage beruhenden Ansprüche auf Versicherungsgelder, Renten, Krankengelder; denn diese erscheinen nicht als Folge der Verletzung oder Tötung, sondern

als Folge des Versicherungsgeschäfts und der Prämienzahlung«, so Enneccerus a. a. O. S. 37.

Vgl. hierüber noch die trefflichen Ausführungen des R. G. in Seufferts Archiv Bd. 55, S. 154:

»Der Lebensversicherungsvertrag bietet einen Vermögenserwerb aus einem gewagten Rechtsgeschäft; die Leistung des Versicherers ist proportional der Höhe der geleisteten Prämien oder doch wenigstens der zu zahlenden Prämien. Es treffen daher auch die Gesichtspunkte nicht zu, die bei bestimmten Versicherungsarten für den Ausschluss einer doppelten Schadensregulierung im Falle der Doppelversicherung sprechen, — nämlich, dass eine solche Schadensregulierung der Natur des konkreten Versicherungsgeschäftes widerspreche.«

M. a. W.: Lebens- und Unfallversicherung sind Summen-, keine Schadensversicherung, sind also anders zu behandeln als z. B. die Feuerversicherung.

Dies alles hat an sich bei der Tötung und K. V. im Zk. Anwendung zu finden und kann auch in der Tat in vielen Fällen praktisch werden.

---

Die Bestimmung des § 255, die eine Vorteilsabtretung vorsieht, wird hier zugunsten der Lebens- (oder Unfall-)versicherungsgesellschaft nicht oft Platz greifen können; denn die Lebensversicherung ist, wie eben schon bemerkt, nur »Summenversicherung«, während der § 255 voraussetzt, dass ein »Schaden« zu ersetzen war.

Indes ist es denkbar, wenn es auch selten vorkommen mag, dass sich jemand nur für den Fall eines unnatürlichen Todes (im Sinne B. G. B. 844, 5) eine Rente an seine Angehörigen ausbedingen lassen will, die lediglich den wirklichen Schaden oder doch den Teil des wirklichen Schadens ersetzen soll, der schon nach gesetzlicher Vorschrift (844, 5) den Angehörigen durch den »Töter« selbst zu ersetzen ist. Es soll dies demnach eine Sicherung für die gesetzlichen Ansprüche im Falle der Insolvenz des »Töters« sein, mehr

nicht.*) — In diesem Falle also, wo durch die Versicherung in der Tat nur der wirkliche Schaden der Angehörigen gedeckt werden sollte (dieser Fall ist, zugegeben, sehr selten!) würde eine Gesamthaftung des »Töters« und der Versicherungsgesellschaft einzutreten haben, ohne dass der »Töter«, falls er belangt würde, Teilung der Haftung im internen Verhältnisse verlangen dürfte, denn »die anteilige Haftung unter den Gesamtschuldnern ist überall da zu verneinen, wo sie der Billigkeit widerstreitet; denn es handelt sich bei der Ausgleichung um einen Rechtssatz, der in der Billigkeit seinen Grund hat« (so Dernburg B. G. B. II, 1. Aufl. 1905, S. 428).

Die Beantwortung der Frage, ob die Lebensversicherungsgesellschaft, die sich zum Ersatze des »Schadens« in dem eben erörterten Sinne verpflichtet hat, ein Recht auf Abtretung der Ansprüche der Angehörigen aus 844/5 hat, kann deshalb auch keine Schwierigkeiten mehr bieten: der § 255 ist dahin auszulegen, dass diejenigen Ansprüche abzutreten sind, die dem Ersatzberechtigten unmittelbar kraft Gesetzes gegen Dritte auf Grund des Rechtes (hier auf körperliche Integrität) zustehen; die Frage ist also zu bejahen. Daraus ergibt sich andererseits, dass nach 255 diejenigen Ansprüche nicht abzutreten sind, die dem Ersatzberechtigten kraft besonderen Vertrages gegen Dritte zustehen, so dass der »Töter«, falls er in Anspruch genommen worden ist, gegenüber den Angehörigen keinen Anspruch auf Abtretung des Anspruches aus der »Schadenslebensversicherung« erlangt.

Selbstredend können die Angehörigen, falls sie vom »Töter« befriedigt wurden, keinen Anspruch mehr aus dem Versicherungsvertrage gegen die Versicherungsgesellschaft geltend machen; sie können auch die Prämien nicht zurückfordern, denn die Angehörigen sollten ja stillschweigend nur gegen die Insolvenz des »Töters« gesichert werden.

---

Ferner wird zu prüfen sein, ob die Versicherungsgesellschaften überhaupt für Schäden aus Zk. haftbar sind; dies ist Tatfrage; eine ausdrückliche Vereinbarung der Haftung ist jedenfalls gültig, da nach

*) Dies ist der wirtschaftliche Zweck eines solchen Vertrages.

dem neuen Versicherungsvertragsgesetz vom 30. 5. 1908 sogar der Selbstmord bei völliger Geistesgesundheit den Versicherungsanspruch nicht ausschliesst, wenn er in die Versicherungsbedingungen ausdrücklich einbegriffen worden ist.

Wenn nun nichts bestimmt ist für den Fall des Zk.,*) so hängt die Entscheidung davon ab, ob der Versicherte, wenn er sich eine culpa lata bei der eigenen K. V. oder dem eigenen Tode hat zuschulden kommen lassen, seine Rechte aus der Versicherung nicht ipso iure verloren hat; man wird dies verneinen müssen (wenn die Statuten der Gesellschaft nichts Gegenteiliges enthalten), da sonst die Lage der Versicherten zu schwierig wäre infolge der Schikanen, die ihnen durch den Versicherer bereitet werden könnten.

Beim Zk. aber handelt es sich um mehr als um culpa lata, nämlich um einen dolus eventualis auf seiten des Verletzten resp. Getöteten; infolgedessen hat er meiner Ansicht nach seine Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage sowohl bei der Schadens- als auch bei der Summenlebensversicherung selbst dann verwirkt, wenn er infolge seiner Stellung in der Gesellschaft »gezwungen« war, zum Zke. anzutreten.

Es erscheint nämlich im Hinblicke auf die öffentliche Ordnung und Rechtssicherheit nicht angebracht, den Ehrenanschauungen gewisser Kreise eine solche Kraft beizulegen, dass darunter der kommerzielle Teil der Bevölkerung »leiden« soll. Im Verhältnis der Duellanten zueinander mag man mit Recht das ehrenrührige Verhalten des »Töters« gegenüber dem Getöteten als ein so wichtiges Moment erachten, dass es den ersteren, obschon auch der letztere durch sein Antreten zum Zk. einen Teil der Schuld auf sich geladen hat, zur Unterhaltsgewährung an die Hinterbliebenen des gefallenen Beleidigten nötigt, — doch dabei muss es sein Bewenden haben. Die Verkehrssitte (B. G. B. 143) darf durch die Gepflogenheiten einer einzelnen Klasse nicht umgestossen werden. Wollte man in dem Verhalten

*) Sehr viele Versicherungsgesellschaften schliessen allerdings Tötung und K. V. im Zk. in ihre Bedingungen ein, so dass hiermit diese Streitfrage in solchen Fällen erledigt ist; anders dagegen im umgekehrten Falle, wo die Erörterungen auf S. 58 und 59 immerhin noch praktisch bedeutsam sein dürften.

des beleidigten Offiziers, der sich »erschiessen lässt«, kein Verschulden dem Versicherer gegenüber erblicken, so wäre damit implicite ausgesprochen, dass das deutsche Volk in seiner grossen Mehrheit den Zk. als »unumgängliches« Übel betrachtet, um die verletzte Ehre wiederherzustellen — und solchenfalls müssten allerdings auch die Verträge der Versicherungsgesellschaften dafnach auszulegen sein.

Dem ist zu entgegnen, dass diese Anschauungen über die Notwendigkeit der Verteidigung der Ehre mit der Waffe im Wege eines tötlichen Zkes. nicht mit der opinio necessitatis in der Volksseele wurzeln; vielmehr ist diese Sitte nur eine privilegierte »bessere« Rauferei, die das Gesetz leider nicht dulden darf (obschon es ihr einen berechtigten Kern auch nicht absprechen kann).

Es bleibt m. E den Anhängern des Zk. nichts anderes übrig, als durch spezielle Klauseln in der Police sich die Tötung oder K. V. im Zk. »vorzubehalten«. Wir haben hier, wo wir prinzipiell den Versicherungsanspruch den Duellanten streitig machen zu müssen glauben, ein treffliches Beispiel dafür gegeben, dass die Gesetzesbestimmungen oft an sich zu eng sind, um solche Grenzfragen zu lösen und dass hier die »soziale Moral« zu Rate gezogen werden muss.

---

Bei der Versicherung auf fremdes Leben verhält es sich natürlich anders. Hier kann der Versicherungsnehmer für den vom versicherten Duellanten verschuldeten Verlust seines Lebens nicht verantwortlich gemacht werden; für ihn gilt die Tötung im Duelle als Zufall, er behält seinen Anspruch gegen den Versicherer (so auch Ganzhorn a. a. O. im letzten Kapitel).

---

Ein letzter Punkt wäre noch der, ob Pensionsansprüche gegeben sind, falls ein Staatsbeamter im Duelle unterliegt. Dies ist wohl zu bejahen und zwar auch dann, wenn es sich um ein Duell ohne Veranlassung gehandelt hat, — so wenigstens nach extensiver Gesetzesinterpretation. Der Verfasser kann sich für seine Aufstellung nicht auf praktische Entscheidungen berufen, da solche in der Lite-

ratur nicht erörtert sind; vielmehr ist er auf die Bestimmungen des Reichsbeamtengesetzes von 1873 angewiesen. Hier finden wir einerseits die Vorschrift, dass ein Beamter Anspruch auf Pension erst dann hat, wenn er entweder nach mindestens 10jähriger Dienstzeit unfähig wird (§ 34) oder wenn er 65 Jahre alt ist, in welch' letzterem Falle er seine Unfähigkeit nicht nachzuweisen braucht (§ 34 a). Man könnte uns nun entgegnen: es erhält demnach der gesunde Beamte, der nach 10 Jahren ausscheidet, um etwa in den Privatdienst überzutreten, keine Pension; soll nun derjenige pensionsberechtigt sein, der nach Ablauf von 10 Jahren sich selbst unfähig machte durch Teilnahme an einem Zk.! Es sagt das betreffende Reichsbeamtengesetz zwar lediglich »wer nach 10 Jahren unfähig ist« hat Anspruch auf Pension, ohne auch dabei zu erwähnen, ob die Unfähigkeit eine schuldlose sein muss oder ob auch eine selbstverschuldete genügt. Aber man müsse so argumentieren, dass diese eine Bestimmung in Einklang zu bringen sei mit der eben erwähnten, wonach ein Beamter, der als völlig gesunder Mann nach 10 Jahren freiwillig ausscheidet, keinen Anspruch auf staatliche Unterstützung mehr hat, — und dass deshalb ein Pensionsanspruch des im Duell untauglich Gemachten zu verneinen sei; sonst wäre ja das Ergebnis das, dass der Staat seine Beamten, die sich selbst verstümmeln lassen, mehr unterstützt als die, die ihre gesunden Glieder noch ausserhalb des Staatsdienstes im Interesse des Volksganzen zu regen gewillt seien. Der Beamte werde zwar vom Landesherrn ernannt und stehe in dessen Diensten, aber nur für die Aufgaben des Landesherrn als eines Staatsorganes. Sein Gehalt beziehe er ferner auf Grund eines unter Mitwirkung der Parlamentsmehrheit erlassenen Besoldungsgesetzes und dieses habe gewiss nicht die Tendenz gehabt, das Nationalvermögen zu verringern durch Prämien auf den Zk.! Der Zwang, sich zu schlagen, der für gewisse Beamtenkategorien von allerhöchster Stelle sanktioniert sei, dürfe doch nicht zu einer — im Gesetze nicht vorgesehenen — Mehrbelastung des Etat führen.

Alle diese Erwägungen sind an sich sehr beachtenswert, aber leider vielleicht nur de lege ferenda. Der Gesetzgeber hat bei der Regelung der Beamtenbesoldung vielleicht nicht an die Fälle gedacht, wo der Beamte an seiner K. V. oder seinem Tode selbst schuld ist. Hätte er aber diese Fälle vorhergesehen, so hätte er

wohl trotzdem den Pensionsanspruch nicht entzogen, weil die Fälle verschuldeter Unfähigkeit doch selten bleiben dürften. Man wird also de lege lata den § 34 des Reichsbeamtengesetzes nach dem Satze »in dubio pro debitore« auslegen dürfen (als debitor ist hier der Beamte anzusehen, der seine Arbeitskraft verdungen hat), besonders da sich aus dem Wortlaute dieses § 34 nichts ergibt, was für eine Verneinung des Pensionsanspruchs im Falle des Verschuldens sprechen würde.

### 3. Sog. amerikanisches Duell.

Das sog. amerikanische Duell, d. h. die Losung ums Leben, verpflichtet die Teilnehmer nicht zum Ersatze. Es ist dies ja überhaupt kein eigentlicher Zk., da dieser Angriff und Verteidigung unter gegenseitigem Einsetzen von Kraft und Entschlossenheit fordert.

Binding ist in seinem Strafrechte der Ansicht, dass die Losung ums Leben einen Fall der Tötung durch Nötigung zum Selbstmord darstellt, sofern der gemeine Gewinner in der Lebenslotterie den Gegner beim Ehrenworte festhält; »er unterliege der Strafe des R. St. R. G. 211 — und dies mit vollem Recht.« Dieser Standpunkt Bindings kontrastiert allerdings sehr mit seiner Auffassung über die K. V. Einwilligender, die wir unter I 2 dieser Arbeit kennen gelernt haben!

Aber zweifellos geht er hier zu weit; es ist keine Nötigung vorhanden, die den Gegner als mittelbaren Täter erscheinen lässt. Es ist vielmehr nur eine blosse Losung ums Leben gegeben, die weder strafrechtliche noch zivilrechtliche Bedeutung beanspruchen kann.

## Schluss.

Vergleich des inländischen Rechts mit einigen ausländischen*).

Von den früheren deutschen Rechten, die sich mit dem Zk. ausdrücklich beschäftigt haben, verdient besondere Erwähnung das

*) Diese Erörterungen verdankt der Verfasser der Arbeit Ganzhorns a. a. O.; der Verfasser hat hier für seinen Schluss das aus Ganzhorn exzerpiert, was seiner Ansicht nach am besten von Ganzhorn herausgearbeitet war.

württembergische von 1839, und zwar aus dem Grunde, weil es eine Auffassung von der Frage hat, die der unseren diametral gegenübersteht; nach ihm liegt eine E. und zwar eine gültige in sämtliche Folgen vor und es fällt jeder Ersatzanspruch weg Vgl. Art. 13, Abs. III des Ges. vom 5. Sept. 1839. Bemerkenswert bleibt allerdings, dass dieser Passus mit nur 41 Stimmen gegen 40 Neinstimmen angenommen wurde. Die Begründung hob hervor, dass der Ehrenzwang kein so starker moralischer Zwang ist, dass er eine »juridische« Berechnung zulasse; vielmehr könne der Duellant jedenfalls als zustimmend angesehen werden.

Ganz anders wieder entscheidet das englische und mexikanische Recht (letzteres vom 7. 12. 1871) des heutigen Tages: in beiden Ländern stellt sich das Recht wenigstens — sowohl das Strafrecht als auch das Zivilrecht — auf den Standpunkt, dass die Ehrverletzung keine solche Verfehlung bedeute, dass die Tötung des Beleidigers im Zk. als vom letzteren hauptsächlich verschuldet erscheint.

Das englische Recht behandelt den Duellanten so wie jeden anderen »Raufbold«. England ist zu seinem heutigen Rechtszustande dadurch gekommen, dass es den Beleidigten allmählich dazu erzogen hat. Der in seiner Ehre Gekränkte hat von der höchsten weltlichen Autorität ein Geldäquivalent erhalten und damit begnügt er sich.

Zu dieser anstössigen Anschauung hat Deutschland sich allerdings noch nicht emporgeschwungen.

In Frankreich und Belgien scheint die Rechtsprechung den vom Verfasser für das deutsche Recht als massgebend bezeichneten Gesichtspunkten sich wenigstens zu nähern.

Die französischen Gerichte befolgen zwar das Losungswort, das Croabbon in seinem Werke über »la science du point d'honneur« Paris 1894 seinen Mitbürgern im Kampfe gegen das Duellwesen gibt: »frapper fort sur la bourse, c'est frapper juste«, — doch legen sie, ganz im Gegensatz zu Ganzhorn a. a. O., Wert auch auf das Verschulden des unterlegenen Beleidigers; nur dass, — soweit uns die von Ganzhorn mitgeteilten Literaturstellen berichten — die Berücksichtigung nicht zur völligen Aufhebung (wie bei uns nach B. G. B. 254), sondern nur zur Minderung des Anspruches des Beleidigers führen kann, falls er unterlegen ist.

Croabbon »point d'honneur« S. 363:

»les tribunaux devront tenir compte pour la fixation des dommages et intérêts . . . . . des circonstances qui ont préparé ou accompagné la rencontre; il n'est pas douteux qu'à égalité de dommage matériel, ils n'accordent une indemnité plus considérable à celui qui aura été obligé de se battre pour ainsi dire malgré lui qu'à l'agresseur. N'oublions pas qu'en matière de duel c'est l'auteur de l'offense et non celui qui a envoyé le cartel qui est considéré comme provocateur«.

Interessant ist auch das Urteil der cour d'appel in Brüssel vom 18. 12. 1834, das sich des näheren über die Berücksichtigung des Verschuldens im Sinne des Artikels 1382 code civil und den in dieser Hinsicht herrschenden esprit de la loi ausspricht und dessen Gründe dahin gehen:

attendu que si, en règle générale, tout fait de l'homme qui a causé un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, il appartient cependant au juge chargé de statuer sur ces réparations d'en déterminer la hauteur et d'apprécier toutes les circonstances qui peuvent avoir précédé ou accompagné le fait, du quel est résulté le préjudice, pour voir jusqu'à quel point la partie lésée peut en avoir été la cause: attendu qu'il résulte de toutes les circonstances constantes au procès que la partie civile appelante, par sa conduite envers le prévenu et surtout en lui adressant des épithètes outrageuses, a été, jusqu'à un certain point, la cause première des excès aux quels l'intimé s'est porté et par suite du dommage qu'il peut avoir causé; que dès lors le principe général (art: 1382) qui devrait s'appliquer sans restriction là où la partie lésée serait exempte de toute reproche, doit nécessairement subir une modification dans l'espèce actuelle; attendu que le premier juge en prenant égard à ces circonstances et en modérant les dommages et intérêts a parfaitement saisi l'esprit de la loi. . . .

Das Verschulden des Verletzten (Beleidigung) soll demnach durch das »pouvoir discrétionnaire« des Richters Berücksichtigung finden bei der Ausmessung; der Herausforderung*) »als solcher«

*) „Herausforderung" auf S. 64 dieser Arbeit ist immer aufzufassen im Sinne des blossen „envoyer le cartel" des erst-

wird eine entscheidende Stimme mit Recht nicht beigelegt (da sie ja nur die notwendige Folge des Vorausgegangenen ist).

Es ist deshalb beinahe unerklärlich, dass Ganzhorn, der die beiden letzten Gesichtspunkte mit ziemlicher Schärfe in dem französischen Rechte erkannt hat, die Entscheidung nach dem deutschen B. G. B. gänzlich verfehlt hat.

Nichts hätte näher gelegen, als die Grundsätze der französischen und belgischen Judikatur mit unserem, einen noch viel weiteren Spielraum gewährenden § 254 des B. G. B. zu verbinden.

Anstatt dessen verharrt er auf S. 25 und 39 a. a. O. darauf, dass schon das Antreten des nachher Unterliegenden ein dem Verschulden des Verletzers völlig gleich zu erachtendes Verschulden bedeute, — als ob das nicht eine gänzliche Verleugnung des eben erwähnten, in der französischen Rechtsprechung anerkannten Satzes wäre, dass die blosse Herausforderung zum Zk. »als solche« den Herausforderer noch nicht als Hauptschuldigen erscheinen lasse. Wenn man die Herausforderung »als solche« als irrelevant bezeichnet, so muss es auch das Antreten an sich sein.

Wenn Ganzhorn auf S. 39 (vgl. auch S. 24) a. a. O. sagt, es sei nach dem deutschen neuen bürgerlichen Rechte folgendermassen zu entscheiden:

in 1. Linie ist gemäss 254, da infolge des »Antretens« auf beiden Seiten das Verschulden regelmässig gleich gross ist, ein Schadensersatzanspruch des Verletzten bezw. Getöteten und folglich in 2. Linie gemäss 846 jeder Anspruch der in 844 - 845 genannten Dritten ausgeschlossen, — so ist daraus zu schliessen, dass Ganzhorn die 2 Begriffe »vorwiegendes Verursachen« und »überwiegende Verschuldung«, die in 254 enthalten sind, nicht auseinanderhält.

Ganzhorn kommt deshalb zu einem Schlusse, der ihn selber nicht befriedigt; er glaubt jedoch, nicht anders urteilen zu können de lege lata und spricht deshalb den Wunsch aus, das neue deutsche

erwähnten Zitates aus dem französischen Rechte: vgl. auf S. 63 oben im ersten Zitat den noch besonders gesperrten Passus: diesen hat der Verfasser im Auge, wenn er von „Herausforderung als solcher" spricht.

Reichsrecht hätte eine ausdrückliche Bestimmung geben und einen Schadensersatzanspruch aus Zk. uns als Geschenk bringen sollen.

Damit, dass das B. G. B. anscheinend »schweigt«, ist das Geschenk doch nicht in die unergründliche Tiefe gefallen! Hätte das B. G. B. entschieden, so wäre dies vielleicht ein Danaergeschenk geworden für denjenigen Teil der deutschen Bevölkerung, der die Ansichten der gesetzgebenden (reformsüchtigen) zufälligen Mehrheit nicht teilte. Der Verfasser will sich damit nicht gegen die Ansicht stemmen, dass eine Reform unseres Ehrschutzes möglich ist und namentlich dadurch gefördert werden kann, dass eine tüchtige Gesetzgebung einen kräftigeren Ehrschutz, als dies heute möglich ist, gewährt. Solange dieser aber noch nicht gegeben ist, müssen wir uns mit den alten Mitteln abfinden und es bleibt dem Zivilrichter, um den Schatz wahren Rechts, den Ganzhorn im Bodenlosen versunken glaubt, zu heben, nichts anderes übrig, als sich in die heute herrschenden sozialen Anschauungen zu versenken und hier das Urteil zu suchen, das dem Rechtsgefühle der betreffenden Klasse, wo der Zk. herrscht, genügen mag, aber andererseits auch die Interessen der übrigen Bevölkerung nicht allzusehr in Mitleidenschaft zieht.

Dies hohe Ziel hat dem Verfasser stets vorgeschwebt!

# Literaturnachweis.

Vom Verfasser wurden benutzt:


Staudinger, Kommentar zum B. G. B.II, 2. Aufl. 1908.

Staudinger, Kommentar zum B. G. B. II, 2. Aufl. 1910.

Örtmann, Kommentar zum B. G. B. 1906, Schuldverhältnisse.

v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts ad Zweikampf und Körperverletzung.

Hartmann bei Grünhut XXVII S. 750 ff.

Binding, Handbuch des Strafrechts.

Finger, Lehrbuch des Strafrechts 1904 S. 413 ff.

Höniger: Die Rechtsfolgen des Zk. nach dem B. G. B. (Zeitschrift «Das Recht» 1901 S. 223).

v. Liszt, Deliktsobligationen des B. G. B. 1898 S. 29, 79.

Wilhelm Ganzhorn: Der Zivilersatz aus Zk. Göttinger Dissertation 1897.

Fritz Pfersdorff: Die E des Verletzten als Strafausschliessungsgrund 1897 (Strassburger Dissertation).

Fritz Seydel: Die E. des Verletzten (Rostocker Dissertation) 1907.

Fischer-Henle: Handausgabe zum B. G. B. 1908.

v. Weinrich, Haftpflicht wegen Tötung und K. V. nach den im deutschen Reiche geltenden Vorschriften, 2. Aufl. 1902.

Zitelmann: Zivilistisches Archiv 99 S. 1 ff.

Gottschalk: Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten, 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des B. G. B. 1910, I, 2.

R. G. v. 18. 5. 1903, Bd. 55, S. 24.

R G. v. 1. Juli 1907, Bd. 66, S. 252.

Dernburg, B. G. B II, 1. Auflage 1905 S 428.

R. G. vom 22. 10. 1906, Bd. 64 S. 344.

R. G. in Seufferts Archiv Bd. 55 S. 154.

# Lebenslauf des Verfassers.

Der Verfasser ist am 3. Oktober 1889 zu Gemar, Kreis Rappoltsweiler, Ob.-Els. geboren. Der Verfasser bekennt sich zur katholischen Konfession. Er besuchte die Volksschule zu Gemar während zweier Jahre, alsdann während 10 Jahren das bischöfliche Gymnasium zu Strassburg i. Els., woselbst er am 6. Juli 1907 die Reifeprüfung bestand.

Im Winter 1907/8 liess er sich bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität Strassburg immatrikulieren, im Winter 1908/9 bezog er auf ein Semester die König Friedrich Wilhelms-Universität in Berlin.

Vom Sommer 1909 bis Sommer 1911 inklusive besuchte er die Universität Strassburg. Am 19. Juli 1912 bestand er in Strassburg i. Els. das Referendarexamen, am 12. Juli 1913 das mündliche Doktorexamen. Referent der schriftlichen Arbeit war Herr Prof. Dr. von Tuhr, Strassburg, dem an dieser Stelle für seine wertvollen Anregungen bei der Abfassung des zivilrechtlichen Teiles der Arbeit bestens gedankt sei. Zur Zeit ist Verfasser Referendar am kaiserlichen Landgerichte in Colmar i. Els.

Münster i. Els., den 12. Juli 1913.